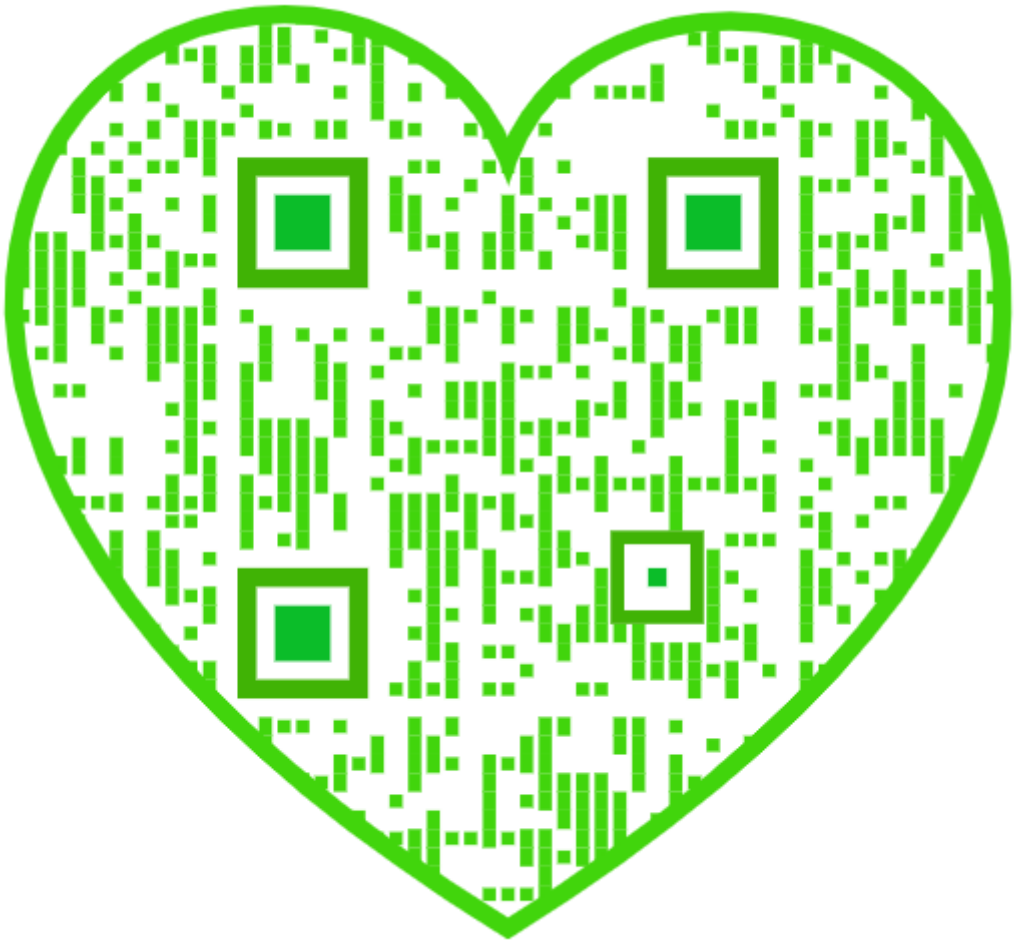
AMAURI MASCARO NASCIMENTO

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

26ª EDIÇÃO

Editora Saraiva



CURSO DE
DIREITO DO TRABALHO

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

AMAURI MASCARO NASCIMENTO

Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente Honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro da Academia Paulista de Direito. Professor Titular e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Academia Ibero-americana de Direito do Trabalho e da Segurança Social. Ex-Secretário-Geral da Sociedade Ibero-americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Juiz do Trabalho aposentado.

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

HISTÓRIA E TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO
RELAÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS DO TRABALHO

26ª edição

2011

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

111.472.026.001

ISBN 978-85-02-11879-9

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Nascimento, Amauri Mascaro
Curso de direito do trabalho : história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento. – 26. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

Bibliografia.

1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho - Brasil. I. Título.

11-01246 CDU-34 : 331

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito do trabalho 34 : 331

Diretor editorial *Antonio Luiz de Toledo Pinto*
Diretor de produção editorial *Luiz Roberto Curia*
Gerente de produção editorial *Lígia Alves*
Editor *Jônatas Junqueira de Mello*
Assistente editorial *Sirlene Miranda de Sales*
Assistente de produção editorial *Clarissa Boraschi Maria*
Preparação de originais *Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan*
Raquel Modolo de Nardo
Arte e diagramação *Cristina Aparecida Agudo de Freitas*
Revisão de provas *Rita de Cássia Queiroz Gorgati*
Wilson Imoto
Serviços editoriais *Ana Paula Mazzoco*
Vinicius Asevedo Vieira
Capa *Gislaine Ribeiro*
Produção gráfica *Marli Rampim*
Impressão
Acabamento

Data de fechamento da edição: 26-1-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Índice geral

Capítulo I

HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

§ 1º História do direito do trabalho clássico

1. Noções introdutórias 31
2. A questão social 33
3. O nascimento da grande indústria e o desenvolvimento da ciência 34
4. O aparecimento do proletariado 35
5. A mão de obra para a nova indústria 37
6. A indignidade das condições de trabalho subordinado 38
7. O pensamento econômico 44
8. O liberalismo 46
9. O liberalismo e os contratos 48
10. O liberalismo e as corporações de ofício 50
11. O movimento sindical 52
12. O intervencionismo 53
13. Legislação industrial, institucionalização e justiça social 55
14. As ideias jurídico-políticas 61

§ 2º O período recente

1. Transformações no mundo das relações de trabalho 69

2. Desemprego, direito do trabalho e terceiro setor 70
3. Globalização econômica, avanço tecnológico e direito do trabalho 73
4. Efeitos da globalização..... 76
5. A Lei Biagi da Itália (2003), a Lei do Trabalho Autônomo da Espanha (2007) e a Lei da China (2008)..... 79
6. O Estado do Bem-Estar Social..... 84
7. A crise de 2009..... 86

§ 3º O Brasil e o direito do trabalho clássico

1. As greves e o anarquismo..... 88
2. Positivismo e liberalismo 91
3. A doutrina..... 94
4. Primeiras leis: sindicalismo, proteção aos menores e locação de serviços..... 96
5. A política trabalhista e os decretos por profissões 98
6. As bases do direito coletivo..... 99
7. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)..... 102
8. Os efeitos da política econômica de 1964..... 105

§ 4º O Brasil e o direito do trabalho recente

1. A Constituição Federal de 1988..... 107
2. A modernização do modelo brasileiro 109
3. As novas leis..... 111
4. O Governo Lula..... 114
5. A dimensão garantística da legislação 116
6. O abrandamento do garantismo..... 117
7. O significado da nova legislação 119

Capítulo II

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO

§ 5º Internacionalização do direito do trabalho

1. Pródromos do direito internacional..... 125
2. Relações internacionais de trabalho 127

3. Organizações internacionais de trabalho 128
4. Princípios, pactos e normas programáticas e imperativas internacionais de trabalho 129

§ 6º Organização Internacional do Trabalho (OIT)

1. O Tratado de Versalhes 132
2. Convenções internacionais da OIT 135
3. Tratados internacionais entre os Estados 139
4. Tratado de Itaipu 143

§ 7º Direito comunitário

1. Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (1951) 149
2. União Europeia 151
3. Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa 159

§ 8º Mercosul — Mercado Comum do Sul

1. Estrutura 163
2. Circulação de trabalhadores 167
3. A compatibilização do direito do trabalho nos blocos econômicos 174
4. Declarações internacionais 179
5. O impacto das normas internacionais do trabalho no Brasil. 187

§ 9º Direito internacional privado

1. Conflito de normas no espaço 198
2. Brasileiro transferido para o estrangeiro 199
3. Administradores 200
4. Equiparação constitucional entre estrangeiros e brasileiros 201
5. Necessidade do visto 202

Capítulo III

CLASSIFICAÇÃO SOCIOJURÍDICA DO TRABALHO PROFISSIONAL

§ 10. Classificação sociológica e classificação jurídica

1. Classificação sociológica 205

2. Classificação sociojurídica 208

§ 11. O trabalho subordinado e suas modificações

1. O trabalho subordinado 211
2. O rompimento da concepção binária autonomia-subordinação 213
3. A construção da concepção tricotômica autonomia-subordinação-parassubordinação 215

§ 12. Tipos especiais de trabalho

1. Trabalho profissional 219
2. Trabalho religioso 220
3. Trabalho familiar 225
4. O problema do trabalho desportivo 228
5. Trabalho não profissional: trabalho voluntário e trabalho assistencial 236

Capítulo IV

O ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA

§ 13. Ordenamento jurídico e norma jurídica

1. A questão conceitual 241
2. A concepção normativista de ordenamento 242
3. A concepção jusnaturalista do ordenamento 243
4. A concepção sociojurídica de ordenamento 244

§ 14. A problemática epistemológica do direito do trabalho

1. Conceito de direito 249
2. Conceito de justiça 256
3. A concepção heterotutelar do trabalhador 258
4. A concepção autotutelar do direito do trabalho 262
5. A concepção econômica da flexibilização do direito do trabalho 266
6. Garantia, desregulamentação, flexibilização e rerregulamentação 277
7. O direito do trabalho como direito fundamental 279
8. Os sistemas jurídicos e o direito do trabalho 279

§ 15. A evolução da denominação

1. Legislação industrial 283
2. Direito operário 284
3. Direito corporativo 284
4. Direito social 285
5. Direito do trabalho 287
6. Do direito operário para o direito dos trabalhos 288

§ 16. De direito dos empregados para direito do trabalho

1. Definições subjetivistas 290
2. Definições objetivistas 292
3. Definições mistas 294
4. Direito do trabalho no sentido subjetivo e objetivo 294
5. O conceito contemporâneo de direito do trabalho 295
6. Nossa definição de direito do trabalho 303

§ 17. Direito do trabalho e outras ciências

1. Direito do trabalho e economia: o econômico e o social .. 307
2. Direito do trabalho e sociologia: os fenômenos sociais e as normas 310
3. Direito do trabalho e medicina do trabalho: a saúde do trabalhador 311
4. Direito do trabalho e filosofia do trabalho: o conceito de trabalho 312
5. Direito do trabalho e psicologia do trabalho: os fenômenos internos da pessoa que trabalha 315

§ 18. Direito do trabalho e outros ramos do direito

1. Relações com o direito internacional: as instituições internacionais e o trabalhador nacional e estrangeiro 317
2. Relações com o direito constitucional: subordinação do direito do trabalho à Constituição 319
3. Relações com o direito administrativo: a Administração Pública do Trabalho 324
4. Relações com o direito processual: a aplicação e a interpretação do direito do trabalho 327

5. Relações com o direito civil: da locação de serviços para os contratos de trabalho 332
6. Relações com o direito empresarial: a atividade econômica organizada 340
7. Relações com o direito fiscal: o exercício do poder tributário do Estado 342
8. Relações com o direito penal: direito penal do trabalho ... 343

§ 19. Autonomia do direito do trabalho: do direito civil para um direito especial

1. Autonomia legislativa 346
2. Autonomia doutrinária 347
3. Autonomia didática 348
4. Autonomia jurisdicional 349
5. A autonomia do direito do trabalho segundo Maria do Rosário Palma Ramalho 349

§ 20. Enquadramento do direito do trabalho

1. Noções introdutórias 351
2. Direito público 353
3. Direito privado 355
4. Direito misto 355
5. Direito unitário 355
6. Direito social 356
7. O privatismo do direito do trabalho 356

§ 21. A tutela trabalhista além da relação de emprego

1. O âmbito pessoal do direito individual do trabalho: teoria restritiva 360
2. Âmbito pessoal do direito individual do trabalho: teoria ampliativa 362
3. O alargamento das fronteiras 363

§ 22. Direito do trabalho e direito de previdência social

1. Teoria dualista 365
2. Teoria monista 367
3. Discussão do problema 368

4. Contrato de trabalho e contrato de previdência privada complementar 369

§ 23. Setores do direito do trabalho

1. Propostas dos doutrinadores 371
2. Direito individual do trabalho 372
3. Direito coletivo do trabalho 372
4. Direito público do trabalho 375
5. Direito tutelar do trabalho 375

Capítulo V

A NORMA JURÍDICA TRABALHISTA

§ 24. A elaboração da norma jurídica

1. A elaboração da norma jurídica 377
2. Os centros de positivação 378
3. O pluralismo do direito do trabalho 379

§ 25. A elaboração pelo Estado

1. A elaboração pelo Poder Legislativo 380
2. A elaboração pelo Poder Judiciário 381
3. A elaboração pelo Poder Executivo 382

§ 26. A elaboração pela autonomia dos particulares

1. As negociações coletivas 384
2. As negociações individuais 386
3. A importância da autonomia coletiva dos particulares 386

§ 27. A elaboração consuetudinária

1. Fontes consuetudinárias 391
2. Absorção do costume pela lei e pela jurisprudência 394
3. Diferença entre costume e outras normas 395

Capítulo VI

TIPOS DE NORMAS

§ 28. Leis constitucionais

1. A subordinação do direito do trabalho ao direito constitucional 399
2. Constituição do México (1917) 401
3. Constituição de Weimar (1919) 402
4. "Carta del Lavoro" (1927) 404
5. Aplicação da lei constitucional 406
6. Tipos de constitucionalismo social 408
7. Constituições dos Estados do Mercosul 408
8. Conteúdo das leis constitucionais 409

§ 29. Leis infraconstitucionais

1. Competência para legislar 414
2. Simetria, assimetria e a autorização do art. 22, parágrafo único, da Constituição 415
3. As bases da nossa legislação 418
4. A questão da inderrogabilidade da lei trabalhista 418
5. As leis trabalhistas como leis de ordem pública social 421
6. Classificação das leis 423

§ 30. Outras normas

1. Decretos, medidas provisórias, leis delegadas, portarias e regulamentos 429
2. Sentenças coletivas e individuais 432
3. Convenções coletivas e acordos coletivos 433
4. Regulamentos de empresa 434
5. Usos e costumes 437
6. Convenções internacionais 443
7. Tratados internacionais 443
8. Diretivas comunitárias 448

§ 31. Princípios do direito do trabalho

1. Os princípios no direito 450
2. Os princípios no direito do trabalho 454
3. A compreensão dos princípios do direito do trabalho na época contemporânea 457
4. O princípio da valorização da dignidade do trabalhador .. 462
5. Os princípios do direito do trabalho brasileiro 466

6. Princípios gerais do direito do trabalho 467
7. As presunções jurídicas 469
8. Princípios e funções do direito do trabalho..... 470
9. Princípios de alguns sistemas jurídicos..... 471
10. A tensão dogmática do direito do trabalho 472
11. O princípio da proporcionalidade..... 474

Capítulo VII

INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

§ 32. Noções propedêuticas

1. A unidade do processo de concretização da norma 479
2. As fases do processo integrado 481
3. O literalismo 482
4. A função da interpretação sistemática..... 483
5. A integração..... 484
6. Aplicação 484
7. As transformações na ideia da interpretação..... 484

§ 33. Evolução da interpretação

1. A interpretação do direito comum e a Escola Exegética 487
2. A interpretação do direito comum e a Escola Histórica 489
3. A interpretação do direito comum e a Escola do Direito Livre 490
4. O concretismo interpretativo 492
5. As técnicas de interpretação do direito comum 493
6. O pensamento dos juslaboralistas sobre o problema 494
7. A jurisprudência de valores e o direito do trabalho 502
8. O juiz como intérprete do direito 504
9. O psicologismo jurídico 507
10. Direito e linguagem. 509
11. Interpretação unitária, diversificada e interpretação dos contratos individuais..... 511

§ 34. Meios de integração

1. Analogia 513
2. Equidade 514

§ 35. A hierarquia dinâmica das normas

1. Fundamentos para a discussão da questão 516
2. Critérios de hierarquia 521
3. Critérios para determinação da norma favorável 525
4. Os fundamentos do princípio da hierarquia dinâmica 526
5. Vigência das convenções e acordos coletivos 527

§ 36. A lei no espaço

1. Introdução 528
2. Os estudos no direito do trabalho 529
3. Contratos entre nacionais cumpridos em outros países 531
4. Contratos entre nacionais e estrangeiros 534
5. Empresas de grupos estrangeiros no Brasil 535
6. Marítimos e aeronautas 535
7. A extraterritorialidade 536
8. STST n. 207 536
9. Transferência de brasileiros 537

§ 37. A lei no tempo

1. Introdução 538
2. Teoria do efeito imediato 540
3. Efeito imediato e retroatividade 541

Capítulo VIII

TEORIA DOS CONTRATOS DE TRABALHO

§ 38. O gênero contratual

1. Contratos de trabalho 545
2. Características de todo contrato de trabalho da pessoa física 547
3. A contratualização nas relações de trabalho 548
4. As novas ideias sobre contrato 552

§ 39. Enquadramento do contrato

1. Subordinação, parassubordinação e autonomia 556
2. Colaboração, coordenação e continuidade 562
3. Subordinação como trabalho típico 564
4. Reconstrução doutrinária da teoria da subordinação 567
5. Descontinuidade ou continuidade 574

§ 40. A função social do contrato

1. Função social do contrato como atenuação do *pacta sunt servanda* 576
2. A maior liberdade do juiz 579

§ 41. O problema da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador

1. A teoria contratualista 580
2. A teoria anticontratualista 595
3. Contrato e relação de emprego 601
4. O vínculo entre empregado e empregador como relação jurídica do tipo contratual 603
5. O vínculo entre empregado e empregador como "situação". 605
6. O vínculo entre empregado e empregador como contrato "pessoal-organizacional" 608
7. O problema da invalidade, nulidade, anulabilidade, proibições e seus efeitos 610
8. Dirigismo contratual e decadência da autonomia da vontade 619
9. O significado do princípio da liberdade de trabalho 621
10. O princípio da continuidade dos contratos 621
11. As técnicas de conservação do contrato 634
12. Subcontratação 631
13. Classificação dos contratos de trabalho no sentido amplo .. 639

Capítulo IX

CONTRATO DE EMPREGO: SUJEITOS E FORMAÇÃO DO CONTRATO

§ 42. Do empregado

1. Definição 643
2. Capacidade 661
3. Cargos e funções 664

§ 43. Do empregador

1. Definição 668
2. Tipos de empregadores 670
3. A empresa como principal figura de empregador 671
4. O sócio e a empresa 672
5. Grupos de empresas no direito empresarial 677
6. Sociedades coligadas no direito civil 681
7. Os grupos na Lei de Sociedades Anônimas 683
8. Grupos de empresas no direito do trabalho 683
9. Consórcio de empregadores 689
10. Sociedade de prestação de serviços intelectuais 692
11. O empregador e seu poder de organização, poder de controle e poder disciplinar 694
12. Participação do trabalhador na gestão 697
13. Participação do trabalhador nos lucros 700
14. Participação do trabalhador no capital 703
15. A microempresa 708

§ 44. Formação do contrato

1. Modos de formação 714
2. Pressupostos 715
3. Encontro de interesses 717
4. Forma do contrato 718
5. Pré-contrato 718
6. Treinamento 719
7. Responsabilidade pré-contratual 720
8. O local do trabalho 720

Capítulo X

CONTEÚDO DO CONTRATO DE EMPREGO

§ 45. Conteúdo ajustado e conteúdo heteroimposto

1. Conteúdo ajustado 723
2. Principais obrigações impostas por lei 725

§ 46. Direitos de personalidade

1. Os avanços do direito do trabalho 726
2. Igualdade e não discriminação 732
3. Proteção à moral 754
4. Intimidade e privacidade 761
5. Informática 762
6. Imagem 763
7. Liberdade de pensamento 764
8. Liberdade de modo de vida 765

§ 47. Direito ao descanso e ao lazer

1. A importância do direito ao descanso 767
2. Conceito de jornada de trabalho 769
3. Fundamentos da limitação 771
4. Classificação 773
5. Sobreaviso 774
6. Horas extras e horas noturnas 776
7. Intervalos de descanso 782
8. Controle do tempo de serviço 784
9. Ônus da prova do tempo de serviço 787
10. Política de redução do tempo de serviço 787

§ 48. Descanso semanal remunerado e nos feriados

1. Origens 790
2. Desenvolvimento da legislação 792
3. Sistema legal 792

§ 49. Férias

1. Definição e natureza 798
2. Antecedentes históricos 800
3. Classificação 802
4. Efeitos da suspensão do trabalho 802
5. Efeitos da extinção do contrato de trabalho 804
6. Regras de duração, de remuneração e de prescrição 809

7. Férias coletivas 810

§ 50. Salário

1. Fundamentos..... 812
2. Pagamentos vinculados ao salário..... 815
3. Pagamentos desvinculados do salário 818
4. Equiparação salarial..... 819
5. Salário mínimo 829
6. Outros aspectos..... 832

§ 51. A proteção da vida, saúde e integridade física

1. Preservação do meio ambiente..... 843
2. Conceito de meio ambiente do trabalho..... 846
3. Medicina e segurança do trabalho..... 847
4. Normas jurídicas..... 848

§ 52. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

1. Causas, natureza jurídica e âmbito de aplicação..... 855
2. Outros aspectos..... 857

Capítulo XI

TIPOS DE CONTRATOS DE EMPREGO

§ 53. Contrato comum de emprego a tempo pleno e duração indeterminada

1. Aspectos do desenvolvimento na história 863
2. Características..... 867
3. Definição..... 869
4. Sujeitos 870
5. Causa e objeto 873
6. Consentimento..... 874
7. Provas da relação de emprego..... 875
8. Renúncia, cessão e novação de créditos trabalhistas 878

§ 54. Contratos especiais de emprego

1. Introdução..... 882

§ 55. Contrato de experiência

1. Natureza do tempo de experiência 884
2. O tempo de experiência como contrato..... 885
3. O tempo de experiência como fase do contrato definitivo 888
4. Repetição da experiência..... 888

§ 56. Contrato de emprego do menor

1. Antecedentes históricos 890
2. Principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) 893
3. A discussão sobre os tipos de trabalho lícito 896
4. Organizações de proteção ao trabalho do menor 902
5. O menor empregado 902

§ 57. Contrato de emprego da mulher

1. Antecedentes históricos..... 908
2. Direito protetor e direito promocional 909
3. Formação do contrato..... 910
4. Salário..... 911
5. Jornada de trabalho..... 912
6. Saúde e segurança..... 913
7. Maternidade..... 914
8. Rescisão do contrato..... 919

§ 58. Contrato de emprego rural

1. Antecedentes legislativos e normas de trabalho..... 920
2. Sujeitos do contrato de trabalho..... 921
3. Contratos de trabalho..... 922
4. Direitos peculiares..... 923
5. Direitos comuns..... 923
6. Prescrição..... 924
7. Moradia..... 924
8. Jurisprudência..... 925
9. A realidade dos fatos sociais 926
10. A política das Constituições brasileiras 927
11. Conceito legal de trabalho análogo ao escravo..... 929

§ 59. Contrato de emprego doméstico

1. Definição 939
2. Normas de trabalho 939
3. A Lei de 2006 941

§ 60. Contrato do servidor público de direito privado

1. Regime estatutário 942
2. Regime da Consolidação das Leis do Trabalho 944

§ 61. Contrato do advogado

1. O advogado empregado 945

§ 62. Contrato de vendedor empregado

1. Vendedor empregado 950

§ 63. Contratos de profissões regulamentadas

1. Profissões regulamentadas 953

Capítulo XII

CONTRATOS DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL

§ 64. Conceito e tipologia

1. Conceito 959
2. Natureza dos contratos de formação profissional 960
3. Importância da formação profissional 961
4. Outras observações 964

§ 65. Contrato de aprendizagem

1. Aprendiz com vínculo de emprego 966
2. Aprendiz sem vínculo de emprego 969

§ 66. Contrato de estágio

1. Aspectos gerais 971
2. Novas regras da Lei n. 11.788/2008 972

Capítulo XIII

CONTRATOS FLEXÍVEIS DE TRABALHO

§ 67. Aspectos introdutórios

1. Justificação..... 979
2. A experiência contemporânea de outros países 981

§ 68. Contrato a prazo

1. O prazo da duração da relação de emprego 988
2. Origens..... 988
3. A experiência estrangeira 989
4. Questões jurídicas..... 992

§ 69. Contrato por obra certa

1. Natureza..... 998
2. Origens..... 998
3. Duração do contrato 999
4. Experiência estrangeira 1001
5. Doutrina brasileira 1003
6. Término do contrato 1004
7. Implicações do fundo de garantia do tempo de serviço.... 1005
8. Rescisão antes do fim da obra 1006

§ 70. Contrato de trabalho a distância ou teletrabalho

1. Conceito..... 1010
2. Avaliação 1012

§ 71. Contrato de emprego a tempo parcial

1. Justificação..... 1014
2. Conceito..... 1014
3. Forma do contrato..... 1015
4. Regime de férias 1015

§ 72. Contrato de trabalho temporário

1. Conceito..... 1016

2. Diferença de outros contratos 1016
3. Outras observações 1018

Capítulo XIV

CONTRATOS DE TRABALHO DIVERSOS DOS CONTRATOS DE EMPREGO

§ 73. Contrato de trabalho autônomo

1. As transformações contemporâneas 1025
2. A profissão autônoma 1026
3. O autônomo na Espanha 1027
4. O autônomo economicamente dependente 1027
5. A opinião de Palomeque sobre a lei espanhola 1028
6. O autônomo e a lei do Brasil 1032
7. O advogado autônomo 1036
8. O advogado associado 1036
9. O representante comercial autônomo 1036
10. O transportador rodoviário de cargas autônomo 1039
11. Outros contratos 1040

§ 74. Contrato de trabalho eventual

1. Conceito 1042
2. Teorias 1043
3. Atividades nas quais o trabalho eventual é frequente 1043
4. Transformação do eventual em empregado 1044
5. A construção da doutrina 1044
6. Inaplicabilidade da CLT 1047
7. Outros aspectos 1048

§ 75. Contrato de trabalho avulso

1. Conceito 1050
2. Tipos de avulsos 1050
3. A Lei dos Portuários 1051
4. Lei do avulso e dos movimentadores de mercadorias em geral 1053
5. Outras observações 1055

§ 76. Contrato de previdência privada complementar

1. Tipos de previdência complementar 1060
2. Desvinculação do contrato de emprego 1061
3. Instituições legitimadas 1064
4. Portabilidade 1064
5. Natureza acessória 1065
6. Fatores de desequilíbrio 1067
7. Características 1070
8. Planos fechados 1073
9. Suporte legal 1074
10. Plano de previdência como regulamento da empresa 1076
11. Revisão do plano 1077
12. A questão sob o prisma do direito adquirido 1078
13. Competência jurisdicional 1085

§ 77. Contrato associativo das cooperativas

1. Natureza jurídica das cooperativas 1086
2. Cooperativas de trabalho 1087
3. Cooperativismo 1091
4. Estrutura legal da cooperativa 1091
5. Vínculo entre cooperativa e cooperado 1092
6. O problema da fraude 1092

§ 78. Contrato de empreitada

1. Conceito 1094
2. Fundamento legal 1094
3. Discussão na doutrina 1095
4. Estrutura legal 1096
5. Empreiteiro operário ou artífice 1096
6. Direitos do empreiteiro 1097
7. Empreiteiro e dono da obra 1098

Capítulo XV

DINÂMICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

§ 79. Alteração da relação de emprego

1. A vida da relação de emprego 1101
2. Alterações subjetivas 1103
3. Sucessão de empresas 1103
4. Mudança na propriedade da empresa 1106
5. Efeitos 1110
6. Sucessão e recuperação ou falência de empresas 1112
7. Alteração na estrutura jurídica 1112
8. Significado de condições de trabalho e cláusulas contratuais 1113
9. O pacta *sunt servanda* 1114
10. O *jus variandi* 1115
11. A questão da transferência do empregado para outra localidade 1118
12. Suspensão do contrato de trabalho 1120
13. Tipos de suspensões 1122

Capítulo XVI

EXTINÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

§ 80. Extinção por iniciativa do empregado

1. Pedido de demissão 1129
2. A aposentadoria e a extinção do contrato 1130
3. Complementação de aposentadoria 1139

§ 81. Extinção por iniciativa do empregador, de ambas as partes ou decorrente de ato ou fato de terceiro

1. Dispensa do empregado 1141
2. Dispensa indireta 1141
3. Extinção por iniciativa de ambos 1142
4. Extinção decorrente de ato de terceiro ou fato 1142

§ 82. Dispensas individuais

1. Definição 1143
2. Concepção clássica 1144
3. Natureza, forma e reconsideração 1148
4. A fragilidade do sistema brasileiro 1153

5. Disciplina jurídica da dispensa 1154
6. Estabilidade no emprego 1156
7. Aviso prévio 1162
8. Indenização 1169
9. Homologação dos pagamentos na rescisão do contrato 1173
10. Falência e recuperação de empresas 1176

§ 83. Dispensas coletivas

1. Conceito 1178
2. Os padrões internacionais: a Convenção n. 158 da OIT 1178
3. Dispensas coletivas e proteção contra arbitrariedade 1188
4. O direito brasileiro, a crise econômica e o problema da obrigatoriedade da negociação prévia às demissões 1194
5. O direito estrangeiro 1200
6. Alternativas para as dispensas coletivas 1205

§ 84. Justa causa do empregado

1. Definição 1210
2. Sistemas de justa causa 1218
3. Figuras de justa causa 1219
4. Efeitos da justa causa 1221

§ 85. Justa causa do empregador

1. Definição de dispensa indireta e sua configuração 1222
2. Figuras de justa causa 1223
3. Efeitos da dispensa indireta 1223
4. Problemas jurídicos sobre a dispensa indireta 1224

Capítulo XVII

RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

§ 86. A jurisdicização das relações coletivas de trabalho e o direito sindical

1. Fontes do direito sindical 1229
2. O direito sindical nas Constituições 1236
3. Fases do direito brasileiro 1244
4. O anarcossindicalismo 1244

5. O intervencionismo 1245
6. O sindicalismo autônomo 1247
7. Avanços do nosso sistema legal 1250

§ 87. Definição, enquadramento, divisão e conteúdo do direito sindical

1. Definição 1252
2. Enquadramento 1253
3. Divisão 1255
4. Conteúdo 1256

§ 88. Características da organização sindical na América Latina: da intervenção à autonomia

§ 89. Definição e fundamentos das relações coletivas

1. Definição 1261
2. Relações coletivas e relações individuais 1263
3. Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ... 1265
4. Classificação das relações coletivas de trabalho 1266
5. Fundamentos jurídicos 1267
6. Pluralismo jurídico 1268
7. Interesse coletivo 1269
8. Autonomia privada 1270
9. Liberdade sindical 1271
10. A representatividade sindical 1274

§ 90. Sistemas de organização sindical

1. Unidade, unicidade e pluralidade sindical 1277
2. Sindicalismo de direito público e de direito privado 1283
3. Base sociológica do grupo 1284
4. Outros critérios de organização 1287

§ 91. Sindicalismo internacional

1. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) 1293
2. Outras entidades 1299

§ 92. A estrutura do sindicato

1. Definição de sindicato 1300

2. Natureza jurídica 1302
3. Órgãos do sindicato 1303
4. Participação nos órgãos do Estado 1304
5. Funções do sindicato 1304
6. Assembleias sindicais 1307
7. Sindicalização de funcionários públicos 1308
8. Formação de sindicatos 1309
9. Registro de sindicatos 1313
10. Centrais sindicais e outros órgãos de segundo grau 1323
11. Estabilidade do dirigente sindical 1325

§ 93. Ideologias sindicais

1. Sindicalismo estrangeiro 1334
2. Sindicalismo brasileiro 1336

§ 94. Organização dos trabalhadores na empresa

1. Origens históricas 1338
2. Conceito e natureza 1339
3. Fundamentos 1340
4. Direito internacional 1342
5. Modelos 1343
6. Eleições, proporcionalidade de representantes, reuniões, assembleias e legitimação processual 1344
7. Primeiras experiências no Brasil 1346

§ 95. Conflitos coletivos de trabalho

1. Natureza e conceito 1348
2. Classificação 1361

§ 96. A greve e o direito

1. Antecedentes históricos 1363
2. Direito estrangeiro 1365
3. Definição de greve e fundamentos 1366
4. Modalidades 1369
5. Direito brasileiro 1370
6. Alterações da Lei n. 7.783, de 1989 1376

§ 97. "Lockout"

1. Definição e aspectos gerais 1377

§ 98. Convenções coletivas de trabalho

1. Denominação 1379
2. Organização Internacional do Trabalho 1381
3. Direito estrangeiro 1381
4. Natureza jurídica e definição 1382
5. Modalidades 1387
6. Relações com o contrato individual de trabalho 1388
7. Relações com a lei 1392
8. O contrato coletivo de trabalho 1393
9. Aplicação dos instrumentos coletivos 1398
10. Autonomia e negociações coletivas na América Latina 1399
11. Pactos sociais 1406

§ 99. Formas de composição dos conflitos coletivos

1. Autocomposição e heterocomposição 1412
2. O sistema brasileiro 1413
3. Mediação 1414
4. Arbitragem 1415
5. Jurisdição 1418

Capítulo XVIII

COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

§ 100. Aspectos introdutórios

1. Modalidades de conciliação 1423
2. Direito comparado 1424

§ 101. A legislação vigente

1. O sistema do Brasil 1429
2. Principais problemas jurídicos 1433

Bibliografia 1437

Capítulo I

História do direito do trabalho e o direito do trabalho no Brasil

§ 1º História do direito do trabalho clássico

Sumário: 1. Noções introdutórias. 2. A questão social. 3. O nascimento da grande indústria e o desenvolvimento da ciência. 4. O aparecimento do proletariado. 5. A mão de obra para a nova indústria. 6. A indignidade das condições de trabalho subordinado. 7. O pensamento econômico. 8. O liberalismo. 9. O liberalismo e os contratos. 10. O liberalismo e as corporações de ofício. 11. O movimento sindical. 12. O intervencionismo. 13. Legislação industrial, institucionalização e justiça social. 14. As ideias jurídico-políticas.

1. Noções introdutórias

Começarei com a noção de direito do Prof. Miguel Reale[1].

O direito não é um fenômeno estático. É dinâmico. Desenvolve-se no movimento de um processo que obedece a uma forma especial de dialética na qual se implicam, sem que se fundam, os polos de que se compõe. Esses polos mantêm-se irredutíveis. Conservam-se em suas normais dimensões, mas correlacionam-se. De um lado os *fatos* que ocorrem na vida social, portanto a dimensão fática do direito. De outro, os *valores* que presidem a evolução das ideias, portanto a dimensão axiológica do direito. Fatos e valores exigem-se mutuamente, envolvendo-se num procedimento de intensa atividade que dá origem à formação das *estruturas normativas*, portanto a terceira dimensão do direito.

1. *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 1980.

Na gênese da norma jurídica está presente a energia dos fatos e valores que se atuam reciprocamente, pressionando uns sobre outros, pondo-se a norma jurídica como a síntese integrante que se expressa como resultado dessa tensão.

A formação histórica do direito do trabalho não se afasta dessa regra. Ao contrário, confirma. O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. A necessidade de dotar a ordem jurídica de uma disciplina para reger as relações individuais e coletivas de trabalho cresceu no envolvimento das "coisas novas" e das "ideias novas", como passamos a mostrar.

Daí por diante expandiu-se pelo mundo industrializado com muita velocidade. A sua trajetória é contada pelos historiadores em períodos.

Existem diversos critérios de periodizações. Um deles é o cronológico: de fins de 1800 a 1917 o período inicial; de 1917 a 1927 o período da constitucionalização; de 1927 a 1945 o período pós-corporativista; de 1945 a 1970 o período pós-corporativista; de 1970 aos nossos o período de flexibilização. Outro critério divide a história segundo os *fatos marcantes*: Revolução Industrial do século XVIII e a questão social; o pensamento liberal; o intervencionismo do Estado; as primeiras leis; a construção dogmática; a concepção heterotutelar do trabalhador; a concepção econômica da flexibilização; as transformações no mundo do trabalho; o direito do trabalho pós-moderno ou contemporâneo.

Nossa opinião é no sentido de conectar as duas formas de periodizar o direito do trabalho porque ambas na verdade se completam.

Diferem *história do trabalho* e *história do direito do trabalho.* Os objetos são diversos. Na história do trabalho é a infraestrutura social e o modo como o trabalho, nos diferentes sistemas de produção de bens e prestação de serviços, desenvolveu-se. Na história do direito do trabalho objeto é a superestrutura normativa e o fim, o conheci-

mento e a aplicação das normas em cada período, as causas que as determinaram e os valores sob os quais as normatizações se deram.

2. A questão social

A expressão *questão social* não havia sido formulada antes do século XIX. Os efeitos do capitalismo e das condições da infraestrutura social se fizeram sentir com muita intensidade com a Revolução Industrial. Destaque-se o empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, a insuficiência competitiva da indústria que florescia, os impactos sobre a agricultura, os novos métodos de produção em diversos países e as oscilações de preço. A família viu-se atingida pela mobilização da mão de obra feminina e dos menores pelas fábricas. Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social.

Daí por que Utz intenta delimitar a questão social nos seguintes termos: 1) deve tratar-se de uma perturbação do corpo social; 2) mediante essa perturbação resultam prejuízos a um ou diversos grupos sociais; 3) não se trata de um fenômeno individual e transitório, mas coletivo e prolongado de irrealização do bem comum; 4) é definida como "o problema ou a procura das causas das perturbações que dificultam a realização do justo social na totalidade da sociedade e igualmente o esforço para encontrar os meios para superar essas causas".

Messner a define como "o problema das causas profundas do fracasso da ordem social na realização dos seus fins e o dos meios para combatê-lo"[2].

---

2. Sobre a questão social, veja-se Ludgero Jasper, *Manual de filosofia*, 1932; A. Sampaio Dória, *A questão social*, 1922; Arthur Fridolin Utz, *Ética social*, 1964; Johannes Messner, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, 1967; Cabanellas, *Tratado de derecho laboral*, 1949; De Ferrari, *Derecho del trabajo*, 1968; Arenal, *La cuestión social*, 1924; César Augusto, *La verdadera cuestión social*, 1931; Gumersindo de Azcárate, *El problema social*, 1946; Bores y Ledo, *Algunos aspectos de la cuestión social*, 1903; Camarines, *Aspecto jurídico del problema social*, 1894; Lejas y Méndez, *La cuestión obrera*, 1903; Carbonero, *La cuestión social y las escuelas socialistas*, 1903; Máspero, *La cuestión social*, 1919; Gonzáles Revilla, *La cuestión social y la fraternidad humana*, 1897; Waldeck-Rousseau, *Cuestiones sociales*, 1903; Wuarin, *Une vue d'ensemble de la question sociale*, 1896.

3. O nascimento da grande indústria e o desenvolvimento da ciência

Entre as conquistas da Revolução Industrial do século XVIII, a utilização das forças motrizes distintas da força muscular do homem e dos animais foi um dos acontecimentos de maior destaque, porque permitiu a evolução do maquinismo. Dizem os historiadores que a primeira máquina a vapor saiu das fábricas de Soho, em 1775, destinando-se a uma mina de carvão. Depois, outra máquina foi feita para mover altos-fornos, em Broseley. Assim, a produção mecânica do movimento punha-se em substituição à produção hidráulica. As suas aplicações subsequentes foram muitas, servindo para o abastecimento de águas de Paris, para as empresas industriais da Inglaterra, para as atividades dos moinhos, para a indústria cerâmica e, também, para a indústria de tecelagem. Na Inglaterra, em 1800, podiam-se contar 11 máquinas a vapor em Birmingham, 20 em Leeds e 32 em Manchester.

O advento da máquina a vapor permitiu a instalação de uma indústria onde houvesse carvão, e a Inglaterra foi especialmente favorecida. A indústria têxtil-algodoeira instalou-se no condado de Lancaster, perto de Liverpool, e das suas necessidades surgiram inventos como a *flying-shuttle* (lançadeira volante), de John Kay, em 1733 a máquina de fiar, patenteada em 1738 por John Watt e Lewis Paul, a *mule-jenny*, de Samuel Crompton, uma modalidade de máquina de fiar, e o tear mecânico de Edmund Cartwright, em 1784.

Para que se avalie o significado desses fatos em relação ao nosso problema, basta dizer que todos eles modificaram as condições trabalhistas. Antes da *flying-shuttle* os tecelões não podiam fabricar determinadas peças sem o concurso de dois ou mais colegas; a máquina de fiar permitiu que uma operação, feita antes por um homem com um torno, passasse a ser executada mais depressa e por uma série de fusos; a *mule-jenny* precipitou a decadência do *domestic system* — trabalho doméstico —, e o tear mecânico, não obstante a resistência dos teares manuais, também atraiu o homem para a fábrica. Merece destaque a transformação da Inglaterra em país metalúrgico, passando de importador de lingotes dos países bálticos a produtor, com fundição à base de coque e fabricação de ferro, surgindo um novo processo industrial.

A publicação, em 1840, de um tratado de Liebig sobre *A química aplicada à fisiologia vegetal e à agricultura* abriu caminho para progressos nas indústrias químicas, em setores muito diversificados. A fabricação do aço foi outro passo importante, mesmo porque, junto das indústrias de base, outras se estabeleceram.

É evidente que de tais circunstâncias resultariam, entre outras coisas, a divisão do trabalho e a especialização. As novas formas de produção trariam, posteriormente, a necessidade de outros métodos de racionalização do trabalho, como, por exemplo, o *taylorismo*.

Mais tarde, nesse ritmo de progresso técnico, veio a eletricidade, provocando, a partir de 1880, necessidades maiores de adaptação das condições de trabalho.

O progresso do maquinismo foi acompanhado do desenvolvimento da concentração. Os ofícios mecânicos se aperfeiçoaram. A eletricidade foi utilizada como fonte de energia ao lado do vapor. O emprego da máquina, que era generalizado, trouxe problemas desconhecidos, principalmente pelos riscos de acidente que comportava. A prevenção e a reparação de acidentes, a proteção de certas pessoas (mulheres e menores), constituíam uma parte importante da regulamentação do trabalho. De outro lado, o maquinismo modificava as condições de emprego da mão de obra. Suas possibilidades técnicas davam ao empresário, não muito exigente quanto à qualidade dos assalariados, possibilidades de interromper essa aprendizagem, substituindo o trabalhador especializado por uma mão de obra não qualificada e o trabalho dos adultos pelo das mulheres e menores.

4. O aparecimento do proletariado

Segundo Georges Lefranc[3], o termo *proletário* designava, em Roma, os cidadãos da classe mais baixa. Saint-Simon utiliza a expressão no sentido moderno pela primeira vez.

O proletário deu bons frutos na ordem técnica e no processo de produção.

---

3. *Histoire du travail et des travailleurs*, 1957, p. 251.

Todavia, as condições de vida em que se encontrou em nada recomendam a humanidade.

São numerosas as obras que o atestam, e muitos são os pensadores que se voltaram contra a marginalização do proletariado; entre outros, Gérando, em 1824, em *Le visiteur du pauvre* e, em 1839, em *De la bienfaisance publique*; e Bigot de Morogue, que em 1832 escreveu *De la misère des ouvriers* e, em 1834, *Du paupérisme*. Eugène Buret, em 1840, publica *De la nature de la misère, de son existence, de ses effets, de ses causes et de l'insuffisance des moyens propres à en affranchir les sociétés*. Villermé, em 1840, escreve o *Tableau de l'état moral et physique des ouvriers travaillant dans les manufactures de coton, de laine et de soie*. Os títulos dessas obras são suficientemente sugestivos para retratar a realidade a que se referem.

Proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.

Para Bugarola[4], caracteriza-se pelo seguinte:

a) Falta de plenitude psíquica, porque "a educação e a vida social têm como fim essencial a conservação e o desenvolvimento da pessoa humana em todas as suas dimensões. A condição proletária, de uma maneira habitual, não alcançou estes fins e chegou a resultados contrários: à desumanização e à despersonalização. O proletário não é um ser acabado, senão um ser diminuído. O estudo das diversas dimensões da pessoa verifica amplamente esta afirmação de todos os observadores do proletariado. Registra-se no proletário uma instabilidade psicológica. É um desajustado, sem patrimônio, sem casa, sem cidade, às vezes longe da Pátria. É dependente e passivo. São outras pessoas que dizem e escolhem o lugar que vai ocupar. O trabalho diário é recebido como necessidade vital e familiar. À medida que se afasta da especialização profissional, aumenta a passividade do seu trabalho. Esta pas-

4. *Sociología y teología de la técnica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1957, p. 375.

sividade impregna a consciência individual e acaba por amortecer e ainda por matar toda resistência interior".

b) Complexo de alma proletária, sentindo os efeitos de uma desigualdade, uma necessidade de libertação, daí por que pode, a qualquer momento, ter uma atitude hostil, até violenta, de protesto viril, tornando-se agressivo contra a autoridade e o ideal de fraternidade.

c) Sentimento de solidariedade universal, pela necessidade que tem de encontrar o seu semelhante, também proletário, numa ânsia de justiça, unidos que estão no mesmo processo de massificação: "nenhuma outra classe conhece como o proletário a imersão na massa. Sua educação, menos profunda, faz mais difícil ao obreiro a conservação da sua personalidade ao meio da massa. Sabe-se, por experiência universal, quão facilmente a psicologia de massa seduz. De fato, a massa revelou-se para os obreiros um fator poderoso de embrutecimento, de imoralidade e de propagação de erros".

5. A mão de obra para a nova indústria

A mão de obra para a nova indústria procedia primordialmente do campo. Na Inglaterra, desde o século XVI, havia desemprego rural, e a mobilidade do trabalhador, do campo para a cidade, foi estimulada pelos aparentes atrativos da indústria que se desenvolvia. De 1760 a 1830 precipitou-se uma sucessão contínua migratória, das mais diversas procedências, de distintas localidades que não estavam preparadas para receber essa massa humana. Nisso, os mineiros foram uma vanguarda.

As estimativas são de que, até o ano de 1900, cinco milhões de homens trabalhavam para conquistar as riquezas ocultas da terra, assim distribuídos: 900.000 na Grã-Bretanha, 500.000 na Alemanha, quase outro tanto nos Estados Unidos, 300.000 na França, 230.000 na Rússia e Áustria-Hungria, 160.000 na Bélgica e Índia, 120.000 no Japão e 100.000 no sul da África. Constituíam uma frente exposta ao problema trabalhista e, por tal razão, propícia para o desenvolvimento de associações, caixas de socorro e outras iniciativas destinadas desde logo a fazer reivindicações.

Nas minas trabalharam, nos anos que antecederam à Primeira Guerra, figuras como John Lewis, nos Estados Unidos, Mauric Thorez,

no Pas-de-Calais, Nikita Kruschev, na Ucrânia, Aneurin Bevan, no País de Gales.

Os grupos de residências dos mineiros, na Inglaterra, eram formados próximos dos locais de trabalho, via de regra com alguma uniformidade, caracterizados pela presença constante da poeira de carvão e a inexistência das condições mínimas de higiene, fato que contribuiu, entre os mineiros, para a formação de uma consciência comum do seu destino obscuro. A conquista do subsolo os expunha a perigos maiores de incêndios, explosões, intoxicação de gases, inundações e desmoronamentos e, entre eles, era grande o número de vítimas. Com as explosões, muitos ficavam sepultados nas galerias. Surgiram moléstias profissionais com maior intensidade, como a tuberculose, anemia, asma etc.

Fenômenos semelhantes, embora não tão sensíveis, verificaram-se na indústria metalúrgica em geral, no ramo da tecelagem e em diversas outras atividades que se formavam, conduzindo o trabalhador a uma situação comum de total desproteção. Por outro lado, a concentração nas capitais mais os distanciava de outra parcela da população, em virtude da gritante diferença de vida e de trabalho. No meio dessas realidades é que deve ser procurada a origem do proletariado.

Com a fábrica está correspondentemente formada a aglomeração maior das massas operárias. Ela não é só o local onde se assentar. É mais ainda: o ponto de convergência dessa mesma pluralidade de indivíduos, unidos por um mesmo processo de ideais, sujeitos a um mesmo ordenamento, subordinados a um mesmo homem, com as mesmas obrigações e os mesmos direitos. Há como que um denominador comum, que identifica as personalidades, de um modo brutal, expelindo ou cancelando as notas individuais de cada uma ou as suas características essenciais, como observa Gentil Mendonça.

6. A indignidade das condições de trabalho subordinado

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata, os acidentes com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança

quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários.

Se o patrão estabelecia as condições de trabalho a serem cumpridas pelos empregados, é porque, principalmente, não havia um direito regulamentando o problema. Mario de la Cueva observa que o contrato de trabalho podia resultar do livre acordo das partes, mas, na realidade, era o patrão quem fixava as normas; e, como jamais existiu contrato escrito, o empregador podia dar por terminada a relação de emprego à sua vontade ou modificá-la ao seu arbítrio. A pretensão do empresariado, de melhorar a vida, também determinou essa atitude. Às vezes eram impostos contratos verbais a longo prazo, até mesmo vitalícios; portanto, uma servidão velada, praticada especialmente em minas nas quais se temia pela falta de mão de obra. É o que acontecia na indústria escocesa, na qual os trabalhadores eram comprados ou vendidos com os filhos, tanto assim que se fizeram necessários os decretos parlamentares de 1774 e 1799 suprimindo a servidão vitalícia dos mineiros escoceses.

O trabalho das mulheres e menores foi bastante utilizado sem maiores precauções. Na Inglaterra, os menores eram oferecidos aos distritos industrializados, em troca de alimentação, fato muito comum nas atividades algodoeiras de Lancashire. Aliás, as próprias *paróquias* — unidade administrativa civil inglesa, subdivisão territorial do condado criada pela denominada Lei dos Pobres — encarregavam-se, oficialmente, de organizar esse tráfico, de tal modo que os menores se tornaram fonte de riqueza nacional. Houve verdadeiros contratos de compra e venda de menores, estabelecidos entre industriais e administradores de impostos dos pobres, fato relatado pelo historiador Claude Fohlen[5], que assim se expressa: "Se lhes afirmava seriamente, do modo mais positivo e mais solene, que iriam transformar-se todos, desde o momento do seu ingresso na fábrica, em damas e cavalheiros, assegurando-lhes que comeriam *roastbeef* e *plum-pudding*, que poderiam montar os cavalos de seus amos, que teriam relógios de prata e os bolsos sempre cheios, e não eram os empregadores ou seus subalternos

5. *Historia general del trabajo*, Ed. Grijalbo.

os autores de tão infame engano, senão os próprios funcionários das paróquias". No sórdido intercâmbio, tal paróquia podia especificar que o industrial teria que aceitar, no lote de menores, os idiotas, em proporção de um para cada vinte. O industrial de algodão Samuel Oldknow contratou, em 1796, com uma paróquia a aquisição de um lote de 70 menores, mesmo contra a vontade dos pais. Yarranton tinha, a seu serviço, 200 meninas que fiavam em absoluto silêncio e eram açoitadas se trabalhavam mal ou demasiado lentamente. Daniel Defoe pregava que não havia nenhum ser humano de mais de quatro anos que não podia ganhar a vida trabalhando. Se os menores não cumpriam as suas obrigações na fábrica, os vigilantes aplicavam-lhes brutalidades, o que não era geral, mas, de certo modo, tinha alguma aprovação dos costumes contemporâneos. Em certa fábrica, a cisterna de água pluvial era fechada à chave.

Foi instaurada uma comissão para apurar fatos dessa natureza, conforme o relato de Claude Fohlen[6], cujas perguntas e respostas, feitas ao pai de duas menores, transcritas em sua obra, são as seguintes: "1. Pergunta: A que horas vão as menores à fábrica? Resposta: Durante seis semanas foram às três horas da manhã e voltaram às dez horas da noite. 2. Pergunta: Quais os intervalos concedidos, durante as dezenove horas, para descansar ou comer? Resposta: Quinze minutos para o desjejum, meia hora para o almoço e quinze minutos para beber. 3. Pergunta: Tinha muita dificuldade para despertar suas filhas? Resposta: Sim, a princípio tínhamos que sacudi-las para despertá-las e se levantarem, bem como vestirem-se antes de ir ao trabalho. 4. Pergunta: Quanto tempo dormiam? Resposta: Nunca se deitavam antes das 11 horas, depois de lhes dar algo que comer e, então, minha mulher passava toda a noite em vigília ante o temor de não despertá-las na hora certa. 5. Pergunta: A que horas eram despertadas? Resposta: Geralmente, minha mulher e eu nos levantávamos às duas horas da manhã para vesti-las. 6. Pergunta: Então, somente tinham quatro horas de repouso? Resposta: Escassamente quatro. 7. Pergunta: Quanto tempo durou essa situação? Resposta: Umas seis semanas. 8. Pergunta: Trabalhavam desde as seis horas da manhã até às oito e meia da noite?

6. *Historia*, cit., p. 38.

Resposta: Sim, é isso. 9. Pergunta: As menores estavam cansadas com esse regime? Resposta: Sim, muito. Mais de uma vez ficaram adormecidas com a boca aberta. Era preciso sacudi-las para que comessem. 10. Pergunta: Suas filhas sofreram acidentes? Resposta: Sim, a maior, a primeira vez que foi trabalhar, prendeu o dedo numa engrenagem e esteve cinco semanas no hospital de Leeds. 11. Pergunta: Recebeu o salário durante esse tempo? Resposta: Não, desde o momento do acidente cessou o salário. 12. Pergunta: Suas filhas foram remuneradas? Resposta: Sim, ambas. 13. Pergunta: Qual era o salário em semana normal? Resposta: Três shillings por semana cada uma. 14. Pergunta: E quando faziam horas suplementares? Resposta: Três shillings e sete pence e meio".

O trabalho dos menores cercava-se de más condições sanitárias. Nas oficinas não havia higiene e eram organizadas casas de aprendizagem, raras, todavia, com dormitórios comuns para meninos e meninas.

A situação das mulheres não era diferente.

Em fins do século XVIII trabalhavam em minas, fábricas metalúrgicas e fábricas de cerâmica. A tecelagem, no entanto, passou a absorvê-las em maior escala. No estabelecimento *Dollfus-Mieg*, em Mulhouse, havia 100 homens, 40 menores e 340 mulheres, proporção considerada normal na indústria têxtil. Na mesma época, na fábrica de porcelanas de Gien, a quinta parte dos efetivos era feminina. Em Creusot havia algumas mulheres que trabalhavam nas escavações de carvão, mais precisamente 250, de um efetivo de 10.000 pessoas.

Paralelamente, o *sweating system* — sistema do suor —, ou seja, trabalho prestado em domicílio no ramo da tecelagem, do calçado e da indumentária, com remuneração por unidade de obra, era bastante difundido.

Em Londres, por volta de 1830, cerca de metade do trabalho do ramo de indumentária era realizado por mulheres. Contribuiu muito para esse estado de coisas o emprego cada vez maior da máquina de coser, inventada por Thimonnier em 1830, e que foi usada com êxito em Paris e pouco depois aperfeiçoada nos Estados Unidos por Elias Howe. Essa máquina não necessitava de qualquer energia muscular e permitia a uma mulher fazer o trabalho para o qual antes eram neces-

sárias 6 ou 7. Assim, em Nova York, Boston e Filadélfia, a mão de obra disponível, procedente de imigrações recentes, foi absorvida por esse tipo de atividade, em condições não muito recomendáveis, a ponto de justificar a seguinte crítica do jornal *The New York Tribune*, em 1854: "O modo em que vivem essas mulheres, a promiscuidade, a falta de higiene em seus alojamentos, a impossibilidade para elas de lograr a menor distração, de adquirir a mais remota cultura intelectual e, ainda, de educar os seus filhos, pode ser facilmente imaginada; mas podemos assegurar aos nossos leitores que seria preciso uma imaginação singularmente desperta para conceber a trágica realidade".

Também na Rússia, depois de 1820, o *sweating system* foi praticado; nos governos de Kostroma, Riázan e Kaluga, proliferaram os trabalhadores que prestavam esse tipo de serviço em casa, a classe dos *kustarni*, três vezes mais numerosos que os operários de fábricas durante o governo de Vladimir. Como a retribuição se fazia por unidade de obra produzida, as jornadas de trabalho nunca eram inferiores a 15 ou 16 horas diárias, fenômeno comum em toda parte, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, na Alemanha e na Rússia. Reconheça-se, no entanto, que não cabe à Revolução Industrial a iniciativa da utilização da mão de obra feminina. As mulheres sempre trabalharam. A fábrica e os novos sistemas apenas intensificaram a sua participação no mercado de trabalho, que aumentou muito.

As cifras nem sempre são exatas, porém, segundo Alain Touraine e Bernard Mottez[7], a Primeira Guerra Mundial precipitou o movimento de penetração da mulher nas oficinas. Em 1900, na Grã-Bretanha, todavia, não ultrapassaram a proporção de 10% do efetivo dos empregados e, pouco antes da guerra, passaram a constituir 1/4. Com a guerra, 200.000 mulheres ingressaram nas oficinas; em 1911, foram 185.000; em 1931, 580.000; em 1951, 1.200.000, mais da metade do efetivo. Na França, em 1954, 48,3% dos empregados do setor secundário e 52,5% do setor terciário eram mulheres, somando 26% da força do trabalho subordinado. Nos Estados Unidos, passaram de 3,7 a 27%.

7. *Histoire générale du travail*, v. 4, p. 83.

A liberdade de fixar a duração diária do trabalho não tinha restrições. Os empregadores tomavam a iniciativa de, segundo os próprios interesses, estabelecer o número de horas de trabalho que cabia aos empregados cumprir. Não havia distinção entre adultos, menores e mulheres ou mesmo entre tipos de atividades, penosas ou não.

Até a invenção do lampião de gás, devida a William Murdock, em 1792, trabalhava-se enquanto a luz o permitisse. Em Etrúria, na fábrica de Wedgewood, de 25 de março até 29 de setembro, a campainha tocava às 5h45min, iniciando-se o trabalho às 6 horas. No restante do ano, a campainha tocava 15 minutos antes do amanhecer. O mínimo diário era de 12 horas. Arkwright tinha fama de patrão liberal porque não exigia mais que 12 horas, quando a média era de 14 horas diárias.

Com a iluminação artificial, houve uma tendência de aumento da jornada de trabalho. Vários estabelecimentos passaram, então, a funcionar no período noturno.

Na verdade, o excesso de trabalho não era novidade que pudesse ser atribuída ao nascimento da grande indústria porque, mesmo antes, já se verificava na atividade artesanal. Porém, é certo que houve um endurecimento dessas condições.

Na metade do século XIX, na França, trabalhavam-se 12 horas nas províncias e 11 horas em Paris, com variações segundo o ramo de produção. Nas minas de Loire, segundo Georges Duveau, os mineiros passavam 12 horas diárias no fundo e cumpriam 10 horas de trabalho efetivo. Havia jornadas de 14 e 15 horas nas fábricas de alfinetes. As tecelagens exigiam 14 ou 15 horas, se o trabalho era em domicílio, e 12 horas, na própria fábrica. Em Beuf, durante o inverno, de 30 de novembro a 30 de março, a jornada começava às 7 e terminava às 21 horas, com intervalo de 1 hora para almoço, das 11 às 12 horas, e 1 hora para o jantar, das 16 às 17 horas. De 1º de abril a 31 de agosto, a jornada ia das 5h30 min. às 19h30 min. De 1º de setembro a 31 de outubro, das 6 às 20 horas. Em Lille, no ano de 1864, numa fiação de linho situada em Descamps-Mahieu, os obreiros trabalhavam sem interrupção desde 5 até 19h30 min. Nas minas e metalurgias, o trabalho noturno generalizava-se. Nas minas de carvão de Commentry, a extração desenvolvia-se das 4 até às 16 horas e, durante as 12 horas restantes,

praticava-se o *course au remblai*, ou seja, a terraplenagem das cavidades deixadas pelo carvão.

A precariedade das condições de trabalho durante o desenvolvimento do processo industrial, sem revelar totalmente os riscos que poderia oferecer à saúde e à integridade física do trabalhador, assumiu às vezes aspectos graves. Não só os acidentes se sucederam, mas também as enfermidades típicas ou agravadas pelo ambiente profissional. Mineiros e metalúrgicos, principalmente, foram os mais atingidos. Durante o período de inatividade, o operário não percebia salário e, desse modo, passou a sentir a insegurança em que se encontrava, pois não havia leis que o amparassem, e o empregador, salvo raras exceções, não tinha interesse em que essas leis existissem.

Não é fácil saber com precisão a situação salarial dos trabalhadores logo após a Revolução Industrial, porque há uma insuficiência de documentos e também não se pode com segurança fazer uma correta interpretação sem conhecer a evolução dos preços e as necessidades de vida. No entanto, de um modo geral, os historiadores afirmam que os salários eram baixos, tanto assim que algumas medidas governamentais, como levantamentos e pesquisas, foram reclamadas. Foi o que aconteceu na Alemanha e na Inglaterra. Os salários, sempre insuficientes, nas indústrias eram mais elevados que na agricultura, e os homens ganhavam mais que as mulheres e os menores.

7. O pensamento econômico

O pensamento econômico vê o trabalho como um dos fatores da produção.

Diversas são as doutrinas econômicas, como passamos a enumerar, num resumo.

Na Europa, de 1450 a 1750, floresceu o *mercantilismo*, que formulou o conceito de riqueza essencialmente com base no ouro e na prata, daí uma política econômica de acumulação desses metais preciosos, admitido certo intervencionismo moderado do Estado, como fator de desenvolvimento. Uma das fases do mercantilismo é denominada a fase industrial. A indústria devia desenvolver-se para atrair maior quantidade de metais. Multiplicaram-se as corporações de ofício,

conferindo-se-lhes privilégios, prerrogativas e monopólios. A França experimentou progressos no setor industrial, especialmente em face do estímulo de Colbert. O mercantilista Montchrétien (1575-1621), reconhecendo a importância da indústria e do comércio, publica, em 1615, o primeiro tratado sobre o assunto, *Economia política*, defendendo, também, a liberdade de trabalho.

A *Escola Fisiocrática* surge em 1750 como reação contra o mercantilismo e apresenta uma nova concepção de ordem social e econômica, insurgindo-se contra o excessivo protecionismo e a regulamentação detalhada e exaltando o princípio de uma ordem natural e espontânea, na qual todos, com base no direito natural, têm o direito de livremente trabalhar e produzir, bem como dispor dos produtos do seu trabalho. Os *fisiocratas* dividiram a sociedade em três classes: os que trabalham na terra, os proprietários e a indústria e o comércio. O lema fisiocrático, *laisser faire, laisser passer*, iria repercutir no pensamento político e influir, grandemente, no desencadeamento da questão social. Os principais escritores fisiocratas foram Quesnay (1694-1774), Condillac (1715-1780), Gournay (1727-1759), Turgot (1727-1781), a quem coube a iniciativa de extinguir as corporações de ofício por entender que constituíam um empecilho ao livre desenvolvimento da indústria e do comércio etc.

A *Escola Clássica Liberal* tem como representante Adam Smith (1723-1790), autor de *Riqueza das nações*, e que considera o trabalho como a atividade humana aplicada à produção, medida e fundamento do valor. Intenta uma divisão do trabalho, reputando-a fonte da prosperidade geral. Sustenta que, no estado primitivo da sociedade, ao trabalhador pertencia o produto manufaturado e que depois o operário passaria a dividir com o capital o produto do seu trabalho. Esboça a teoria salarial do *wage fund*, segundo a qual o salário depende de uma proporção entre o capital e o número de operários, sujeito à lei da oferta e da procura. Também à *Escola Liberal Inglesa* pertencem Malthus (1776-1834), Ricardo (1772-1823), que desenvolve a teoria da renda e do salário natural, assim considerando o que permite ao operário o indispensável para viver, uma vez que se o operário tivesse vida luxuosa aumentaria a sua família, cresceria o número de operários e disso adviria uma crise. Stuart Mill (1806-1873) é outro representante dessa escola e considera o trabalho como fator preponderante.

A *Escola Francesa* tem como maiores expressões J. B. Say (1768-1832) e Claude Frédéric Bastiat (1801-1850), para quem o trabalho é causa da propriedade e do comércio livre.

Entre os economistas socialistas, Proudhon (1809-1882), Louis Blanc (1817-1882), Karl Marx (1818-1883), Friedrich Engels (1820-1895), Fernand Lassale (1825-1864) etc.

Incluam-se, também, os *positivistas*, como Simon (1760-1825), que estudou os fenômenos sociais e econômicos, distinguindo na sociedade os estados orgânicos (saúde social) e críticos (perturbação do organismo social), Auguste Comte (1798-1857), Herbert Spencer (1820-1903), Émile Durkheim (1858-1917) etc. Sustentavam a dinâmica da vida social e o seu desenvolvimento em fases sucessivas.

René Gonnard aponta as *Escolas Realistas*, a Reação do Estado, de Sismondi, e Dupont White, o primeiro discípulo de Adam Smith, sensível à vida do operariado inglês, critica o regime da livre concorrência, sendo considerado um dos precursores do intervencionismo do Estado, do qual resultaria o direito do trabalho. Le Play estudou os fatos sociais, em especial a família.

Grande é a influência de Keynes, que formula doutrina econômica liberalista denominada *liberalismo keynesiano* e cujas principais obras são *A treatise on money*, 1930, *The economic consequences of the peace*, 1919, e *The general theory of employment, interest and money*, 1936. Keynes propõe-se a salvar o regime da empresa privada abandonado, afastando-se do *laissez-faire* integral. Ressalta a importância do lucro como instrumento que dinamiza a produção.

8. O liberalismo

Adam Smith é o pai do liberalismo econômico. Sustenta que a riqueza das nações só é possível mediante a espontaneidade e o interesse de quem trabalha, e, para esse fim, a pessoa deve ser livre, como ensina em seu clássico livro *A riqueza das nações.*

O direito que sucede o *Bill of Rights*, de 1689, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Declaração da Virgínia, de 1776, e o Código de Napoleão

não podiam prever um problema para o qual não se destinavam, qual seja, a questão trabalhista.

Significava uma reação contra o absolutismo monárquico e a origem divina sobrenatural do poder, partindo de uma ideia básica contratualista inspirada nos princípios sustentados por John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Adam Smith, Stuart Mill e tantos outros.

A concepção fundamental do liberalismo é a de uma sociedade política instituída pelo consentimento dos homens que viviam em estado de natureza e na qual cada um, sob a direção da vontade geral, vive em liberdade e igualdade e com a garantia da propriedade de tudo o que possui.

O governo é simples intermediário entre o povo e a vontade geral, à qual lhe cabe dar cumprimento, com um mínimo de interferência e com o máximo empenho no sentido de assegurar a liberdade civil e política, bem como os direitos naturais, porque estes preexistem ao Estado e não se sujeitam a restrições.

No plano político, o individualismo se reveste de características predominantes de tutela dos direitos civis; na esfera econômica parte do pressuposto coerente da existência de uma ordem econômica natural e que se forma espontaneamente, independendo da atuação do Estado, que, assim, deve omitir-se, *deixar fazer*.

Como consequência desses princípios, o Estado capitalista estruturou-se com base em certas peculiaridades: soberania nacional, exercida mediante um sistema representativo; regime constitucional com a tripartição de poderes; separação entre direito público e privado; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer a não ser em virtude de lei; igualdade jurídica sem distinção de sexo, raça, crença religiosa etc.; igual oportunidade de enriquecimento; não intervenção do Poder Público; o trabalho sujeito à lei da oferta e da procura; respeito incondicional à propriedade privada etc. Portanto, nessa fase do pensamento humano predomina a ideia do individual, da plena expressão da personalidade, na libertação das faculdades de cada um para um desenvolvimento que ao Estado competiria assistir.

9. O liberalismo e os contratos

Liberalismo é o movimento destinado a afirmar a personalidade humana em todas as suas manifestações e a liberá-la dos vínculos do passado e do império opressivo da autoridade e da tradição.

O Renascimento é o período histórico no qual se evidenciam as suas características mais precisas, no qual se testemunham fecundas iniciativas das primeiras afortunadas lutas do indivíduo pela conquista da liberdade religiosa, intelectual, política e econômica. O movimento religioso, sustentando a interioridade do sentimento religioso e pondo o homem em relação direta com Deus, as teorias dos direitos inatos, da soberania popular e do contrato como meio para criar, resolver e modificar as relações entre os indivíduos e o Estado, o início do regime capitalista de produção de bens e a propriedade da terra, livre e desligada de todo vínculo tendente a limitar a sua disponibilidade, respondiam ao espírito que favorecia o individualismo, que era não apenas uma expressão de necessidades reais, mas de exigências teoréticas.

A especulação filosófica na dupla direção racional e empírica era a afirmação da individualidade no domínio do pensamento. Caberia aos jusnaturalistas, nos Códigos e Constituições modernas, a tarefa de realizar o individualismo jurídico com base nas doutrinas dos direitos inatos, da lei e do estado natural, do contrato social, coordenados com premissas do cartesianismo e do empirismo. A doutrina do direito subjetivo, na linguagem da época dos direitos inatos como faculdades subjetivas próprias do indivíduo, foi elaborada por jusnaturalistas seguindo Descartes. O empirismo invocou o chamado sentido inato do justo, e para o empirismo o indivíduo isolado é princípio e fim da ordem jurídica.

Três direções são identificadas por Solari[8], decorrentes dessas posições fundamentais, que, em relação à natureza e ao fundamento do direito privado e suas relações com o direito público, prevaleceram no século XVII. A direção jurídica de Grócio, evidenciando a lei natural e o estado de natureza com o princípio do *pacta sunt servanda*, prova-

8. *Individualismo e diritto privatto*, Torino, Ed. G. Giappichelli, 1939.

velmente regulava todas as possíveis relações contratuais entre os indivíduos no estado de natureza, sendo o consenso característico de um *jus voluntarium*. O pacto entra como elemento constitutivo das diversas instituições de direito privado, justificando a propriedade individual, constituindo o fundamento da família, das relações de sucessão e das múltiplas relações mantidas entre os indivíduos. Mais filosófica que jurídica é a direção absolutista de Hobbes, que parte das mesmas premissas do estado de natureza e do direito natural, eliminando todo contraste entre indivíduo e Estado. A terceira direção, de Locke, é liberal, e o seu individualismo empírico, segundo Solari, alimentou um programa de ação da burguesia inglesa convertida em classe dominante e destinada a reger o destino do país, com o individualismo ético associando-se ao econômico: o indivíduo adquire consciência de si no domínio dos fatos econômicos, afirmando-se como *homo economicus* e forja uma ordem política e jurídica correspondente.

O individualismo marcou a sua presença nas codificações que surgiram, no Código prussiano, francês e austríaco, unificados quanto ao significado da codificação civil como um conjunto de regras destinadas a garantir a liberdade civil do indivíduo em sua vida privada e diversificada quanto à orientação fundamental, uma vez que o Código prussiano realiza a ideia individual na ordem das relações privadas por intermédio do Estado e o Código francês e, em maior intensidade, o austríaco concebem o indivíduo e seu direito fora do Estado e das relações de direito público. No primeiro está presente a influência de Wolf. No segundo, a força da corrente liberal inglesa e fisiocrática. No terceiro, evidencia-se a inspiração filosófica kantiana.

Foi realmente muito expressiva a influência que a codificação do direito civil exerceu sobre a disciplina inicial do contrato de trabalho. O papel desempenhado, ainda que remotamente, pelo Código de Napoleão (1804), pelo Código tedesco (1896) e pelos Códigos italianos (1865 e 1942) não pode ser desconhecido, principalmente porque traziam um cunho marcadamente comum, consagrando a ideologia do contrato que viria a repercutir na forma pela qual as relações entre empregado e empregador viriam a ser conhecidas.

O contrato é o signo da liberdade. Acreditava-se que o equilíbrio nas relações econômicas e trabalhistas pudesse ser atingido diretamen-

te pelos interessados segundo o princípio da autonomia da vontade. Assim, esses Códigos não revelam nenhuma preocupação com o problema social.

10. O liberalismo e as corporações de ofício

O liberalismo político, econômico e jurídico inspirado nos princípios que foram consagrados pela Revolução Francesa de 1789 não favoreceu o direito do trabalho. Ao contrário, ensejou que se criassem mais evidentes condições de sua necessidade.

A ideia da liberdade absoluta do homem na procura do seu próprio interesse, sem interferências do Estado, trouxe algumas consequências que devem ser relacionadas.

Primeira, a supressão das corporações de ofício que mediante seus estatutos elaboraram uma primeira regulamentação trabalhista, descrita por Martin Saint-Léon[9], compreendendo normas sobre duração do trabalho, descanso nos feriados etc.

A ideia de liberdade de comércio também pesou na reação contra as corporações, pondo-se entre os pensadores que propugnaram pela sua supressão Clicquot, que, com o pseudônimo de Dlesle, publica *Mémoire sur les corps de métiers*, formulando crítica direta às corporações, acusando-as de serem causa do encarecimento dos produtos e pregando "nada de aprendizagem, nem de companheirismo, nem de obra mestra, liberdade para todos". Nada de associação, era o lema. O agrupamento do homem em associações prejudica a sua liberdade. Também Diderot, em *Lettre sur le commerce de la librairie*, pôs-se contra as corporações.

Um edito de fevereiro de 1776, na França, inspirado por Turgot — precedido de exposição de motivos na qual as corporações foram consideradas "instituições arbitrárias que não permitem ao indigente viver do seu trabalho", e que encontrou reação do Parlamento francês —, dispõe, no art. 1º, sobre a liberdade de comércio e de profissão, considerando extintas todas as corporações e comunidades de mercadores

9. *Historia de las corporaciones de oficio*, trad., 1947.

e artesãos e anulados os seus estatutos e regulamentos. Esse edito não conseguiu atingir os seus objetivos porque algumas corporações foram reconstruídas.

Porém, a resistência foi efêmera e nova lei surgiu, precedida de discurso de Dallarde, sustentando argumentos dos fisiocratas: "O direito ao trabalho é um dos primordiais do homem". O *Decreto Dallarde* considerou livre todo cidadão para o exercício de profissão ou ofício que considerasse conveniente, depois de receber uma patente e pagar o preço.

Depois da promulgação da Lei de 1790, o Decreto Dallarde, todas as corporações deveriam desaparecer, porém muitas pessoas tinham interesse na sua manutenção, daí nova resistência organizada, partida de mestres que queriam continuar dirigindo a profissão. Visando a dar o golpe de misericórdia nas corporações clandestinas, surgiu a *Lei Le Chapelier*, nome do relator da Comissão constituída para o estudo do problema e que formulou as seguintes conclusões: a) as corporações que se formaram tiveram por fim aumentar o "preço da jornada de trabalho", impedir as livres convenções entre os particulares, fazendo-os concordar com contratos de adesão em ameaça à ordem pública; b) não deveria haver mais corporações no Estado e no seu lugar deveria existir apenas o interesse particular de cada indivíduo; c) impunha-se a necessidade de uma convenção livre de indivíduo para indivíduo para fixar a jornada de trabalho de cada trabalhador; d) indispensável se tornava uma lei para coibir esses abusos.

Com essa fundamentação, a Lei Le Chapelier declarou: "1) A eliminação de toda espécie de corporação de cidadãos do mesmo estado ou profissão é uma das bases essenciais da Constituição Francesa, ficando proibido o seu restabelecimento sob qualquer pretexto e sob qualquer forma; 2) Os cidadãos do mesmo estado social ou profissão, os obreiros e companheiros de uma arte qualquer, não poderão, quando se reunirem, designar presidente, secretário ou síndico, lavrar registros, tomar resoluções, sancionar regulamentações sobre seus pretensos direitos comuns; 3) Fica proibido a todas as corporações administrativas ou municipais receber qualquer solicitação ou petição sob o nome de um estado social ou profissão, nem poderão respondê-la; estão obrigadas a declarar nulas as resoluções que forem tomadas".

É da combinação desses textos, diz Pierre Lavigne[10], que resulta o advento da *liberdade individual* de trabalho no direito da França. Expandiu-se a mesma ideia para os demais países.

11. O movimento sindical

O movimento trabalhista estruturou-se sob a forma de organização sindical.

Sindicato é, para Webb, a contínua associação de assalariados com o fim de manter ou melhorar a condição de vida proletária.

Segundo Arthur Birnie[11], entre todas as associações a que possa pertencer o trabalhador, o sindicato é a que tem caráter mais pronunciadamente condigno à classe trabalhadora.

Para Cole, não havendo sindicato não há movimento trabalhista.

As origens do sindicalismo são encontradas na Inglaterra.

Os mais antigos sindicatos eram constituídos de pequenos clubes locais cujo principal objetivo era assegurar a vigência de leis trabalhistas. Todavia, um óbice se antepunha ao movimento sindical, a proibição de associações e de reuniões, ideia que vinha da França, da Lei Le Chapelier, mantida por outros estatutos jurídicos posteriores. O sindicalismo, pela *Lei contra a Conjura*, em 1799 e 1800, foi considerado movimento criminoso. Os seus sócios sujeitavam-se a penas criminais. Em 1810, inúmeros tipógrafos do *The Times* foram sentenciados a dois anos de prisão. O sindicalismo era um movimento clandestino e marginal.

Em 1824, na Inglaterra, Place, com o auxílio do Partido Radical da Câmara dos Comuns, principalmente com o de Joseph Hume, conseguiu a aprovação de projeto dando existência legal aos sindicatos. Uma série de greves trouxe a revogação da medida em 1825. Em 1834 fundou-se a união dos *Grandes Sindicatos Nacionais Consolidados*, congregando meio milhão de trabalhadores, inspirada por

10. *Le travail dans les Constitutions françaises*, Paris, 1948, p. 96.

11. *História econômica da Europa*, Zahar, 1964, p. 158.

Robert Owen. Em 1850, foi organizado o *The Amalgamated Society of Engineers*, sindicato de âmbito nacional e não local, seguindo-se, na década de 1850-1860, a constituição de diversos órgãos nos mesmos moldes. Também na França, gradativamente, consolidou-se o movimento sindical, inicialmente com as *sociétés de résistence*, na década de 1830-1840.

O reconhecimento oficial dos sindicatos, na Inglaterra, deu-se em 1871, com a *Lei dos Sindicatos*. Floresceu o "tradeunionismo". Na França, em 1884, com a lei de Waldeck-Rousseau, permitindo às pessoas da mesma profissão ou de profissões conexas constituírem-se livremente em associações sem autorização do governo, desde que os seus objetivos fossem exclusivamente a defesa dos interesses profissionais e econômicos. Aos sindicatos profissionais foi reconhecida personalidade civil, e a Lei Le Chapelier ficou revogada. Segundo Paul Pic, a Lei Waldeck-Rousseau é a carta fundamental das associações trabalhistas.

12. O intervencionismo

A ação dos trabalhadores reunindo-se em associações para defesa dos interesses comuns é uma das assinaladas forças modeladoras do direito do trabalho.

Especialmente num regime democrático, a atuação das forças sociais sobre a legislação é expressiva, permitida a liberdade de pensamento, o jogo de pressões, num envolvimento de forças políticas, econômicas, religiosas e de grupos, entre os quais os grupos profissionais.

Porém, o direito do trabalho nasceu também e paralelamente como expressão do intervencionismo do Estado.

O Estado passou a tomar posição-chave na economia, desenvolvendo um plano de ação que compreendia uma nova posição perante as relações sociais.

Valeu-se de técnicas que se tornaram cada vez mais aceitas como o planejamento, o dirigismo econômico, a interferência nos contratos etc.

O Estado intervencionista concretiza-se a partir de 1938 com a *doutrina neoliberalista*.

Entretanto, não foi apenas essa a forma pela qual o intervencionismo se projetou. Além do neoliberalismo, manifestou-se de modo mais extremado com sistemas políticos de ditadura, tanto de "esquerda" como de "direita". São posturas altamente intervencionistas o *socialismo*, que se firmou principalmente no Leste europeu, o *corporativismo*, em especial, da Itália, e também o *nazismo* de Hitler.

Despojado de suas exteriorizações extremadas e anti-humanas, o intervencionismo é considerado também como uma forma de realização do bem-estar e da melhoria das condições de trabalho.

É humanista o intervencionismo para a proteção jurídica e econômica do trabalhador por meio de leis destinadas a estabelecer um regulamento mínimo sobre as suas condições de trabalho, a serem respeitadas pelo patrão, e de medidas econômicas voltadas para a melhoria da sua condição social.

Não escapa à observação de Recaséns Siches[12] que o intervencionismo adotou múltiplas formas. Há formas intervencionistas de caráter humanista e há outras que prescindiram da raiz humanista entroncando-se com conteúdos e orientações transpersonalistas.

As primeiras formas de intervencionismo, as humanistas, conservam os princípios essenciais da democracia liberal completando-a mediante uma diretriz orientada para a garantia dos denominados direitos sociais, numa tentativa de retificação das distorções do liberalismo econômico.

É humanista, segundo Siches, o intervencionismo que considera necessária a intervenção reputando-a absolutamente indispensável, com caráter excepcional, mantendo como regra geral o princípio da liberdade. Pode adotar como critério habitual um regime misto de iniciativa privada em várias atividades e intervenção estatal em outras. Pode, ainda, assumir a forma de uma direção da vida econômica toda, sem suprimir, no entanto, a iniciativa privada. Pode, também, planificar parcial ou totalmente a vida econômica.

---

12. *Tratado general de filosofía del derecho*, 3. ed., México, Porrúa, 1965, p. 527.

Do intervencionismo humanista resulta a democracia social, que Manoel Ferreira Filho[13] explica como a "democracia providencialista ou democracia econômica e social", nela predominando o valor liberdade e o respeito à autonomia privada em larga esfera, "todavia, reconhece essa democracia que a liberdade de todos só pode ser obtida pelo Poder. Mais ainda, que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização das oportunidades decorrentes de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade".

13. Legislação industrial, institucionalização e justiça social

A regulamentação jurídica do trabalho pelo Estado revestiu-se inicialmente de características às quais é dado o nome de legislação industrial.

Tal ocorre em face da destinação primeira dessas normas, a proteção dos trabalhadores da indústria, depois se estendendo para outras atividades na medida do seu próprio desenvolvimento.

Segundo os historiadores, a expressão *legislação industrial* é de origem britânica ou francesa. Usaram-na diversos escritores, entre os quais Bry, Cuche e Capitant, Paul Pic, Greenwood, Tyllard etc.

Na legislação industrial predomina o propósito de proteger o trabalho do menor e da mulher e o de limitar a duração da jornada de trabalho. Assim, a maior parte das leis dessa época destina-se a esses objetivos. Envolvem, também, uma atitude do Poder Público que viria a acentuar, mais tarde, a necessidade de intervenção na defesa do fraco. Aliás, a primeira lei de importância histórica que revela essa posição do Estado é da Inglaterra e data de 1601. É denominada *Lei de Amparo aos Pobres*, reconhecendo ao desfavorecido o direito de receber auxílio das autoridades públicas e que é assim descrita por Arthur Birnie[14], comentando, também, a sua emenda de 1834: "A obrigação do Estado, na Inglaterra, de amparar o indigente nacional foi totalmente reconhecida; entretanto, passando esta responsabilidade às autori-

13. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1971, p. 47.

14. *História econômica da Europa*, trad., Zahar, 1964, p. 257.

dades locais, o Parlamento evitou a necessidade de se estabelecer um sistema nacional de auxílio ao sindicato na justa acepção do termo. A área eclesiástica da paróquia ficou transformada em unidade administrativa da lei de amparo ao indigente, e cada uma das paróquias tornou-se responsável pelos pobres que lhe pertenciam. O desfavorecido tinha direito a ser auxiliado pela paróquia a que estava afeto ou na qual fora fixado, para usar a expressão adequada. As autoridades locais, às quais competia cuidar dos pobres, eram os juízes da Comarca. Estes tinham poderes para lançar um imposto de caridade, obrigatório, a ser pago por todos os ocupantes e usuários de terras e nomear inspetores em cada uma das paróquias para receber e aplicar o imposto sob sua supervisão. O processo de auxílio era regulamentado. Os filhos dos indigentes eram colocados, como aprendizes, em atividades proveitosas a fim de ganharem o seu próprio sustento. Os anciãos e enfermos eram atendidos nas respectivas casas. Os vagabundos inveterados eram enviados às casas de correção, enquanto, para os verdadeiros desempregados, as autoridades paroquiais arranjavam trabalho".

Da mesma maneira, outra norma jurídica que se põe na mesma linha de ideias, de intervenção do Estado na ordem social, é a *Lei de Peel*, de 1802, da Inglaterra, de amparo aos trabalhadores. O autor do projeto, o moleiro Robert Peel, teve o propósito de disciplinar o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e dos quais as autoridades paroquianas procuravam descartar-se, entregando-os aos donos de fábricas. Aliás, o tráfico de menores pelas paróquias, unidades administrativas inglesas, era uma realidade, tanto assim que autênticos contratos de compra e venda eram efetuados entre esses órgãos e as indústrias para a aquisição de lotes de menores. Peel apresentou a lei para dar proteção a essas crianças, limitando a jornada de trabalho a 12 horas, estabelecendo deveres com relação à educação, higiene do local de trabalho, em especial dos dormitórios. Essa lei, no entanto, tornou-se ineficaz, até que em 1819 Peel, com o auxílio de Robert Owen, conseguiu a aprovação de uma segunda lei no mesmo sentido, tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos e restringindo o horário de trabalho dos adolescentes de menos de 16 anos a 12 horas diárias, nas prensas de algodão.

Descrevendo as prescrições contidas na Lei de Peel, Paul Mantoux faz o seguinte resumo: "Continha, em primeiro lugar, prescrições

sanitárias. As paredes e os tetos das oficinas deviam ser branqueados com cal duas vezes ao ano. Cada oficina devia ter janelas bastante grandes para assegurar ventilação conveniente. Cada aprendiz devia receber duas vestimentas completas, renovadas à razão de uma por ano, ao menos. Dormitórios separados deviam acomodar os menores de sexos diferentes, com número de camas suficiente para que não fossem colocados nunca mais de dois menores em uma cama. As jornadas de trabalho nunca deviam ultrapassar de 12 horas, excluídos os intervalos de refeição. O trabalho não podia nunca prolongar-se após as 21 horas nem começar antes das 6 horas. A instrução era declarada obrigatória durante os primeiros quatro anos de aprendizagem: todos os aprendizes deviam aprender a ler, a escrever e a contar, sendo subtraído das horas de trabalho o tempo consagrado às lições diárias. A instrução religiosa, igualmente obrigatória, devia ser ministrada todos os domingos, conduzindo-se os aprendizes a um ofício celebrado, fora ou na fábrica"[15].

Também com o mesmo fim de proteção aos menores, e ainda da Inglaterra, é a Lei de 1833, provocada pela Comissão Sadler, constituída para sindicar condições de trabalho nas fábricas. Proibiu o emprego de menores de 9 anos, limitou a jornada diária de menores de 13 anos a 9 horas, dos adolescentes de menos de 18 anos a 12 horas, proibiu o trabalho noturno e, acompanhando-a, foram nomeados quatro inspetores de fábrica, atendendo-se às instâncias do mencionado Robert Owen perante o governo, dada a necessidade de fiscalização do cumprimento das normas então estabelecidas.

Nota-se, portanto, um sentimento de humanidade em crescimento, não parando aí, pois outras medidas análogas passaram a acontecer, como a Lei de 1844, instituindo para as mulheres o dia de trabalho de 10 horas, as Leis de 1850 e 1853, fixando a jornada geral de trabalho dos homens em 12 horas, a Lei de 1842, proibindo o trabalho de mulheres e menores em subsolo, e outras.

A França, em 1813, proibiu o trabalho dos menores em minas; em 1814, o trabalho em domingos e feriados, seguindo antiga tradição corporativa; em 1841 o emprego de menores de 8 anos, fixada em 8

15. *La Revolución Industrial en el siglo XVIII*, Aguilar, 1962, p. 468.

horas a jornada máxima dos menores de 12 anos, e em 12 horas a dos menores de 16 anos; em 1848 foi estabelecida a jornada de trabalho geral máxima de 12 horas. A França, segundo Arthur Birnie, torna-se o primeiro país europeu a proteger o trabalho adulto masculino. Muitas foram as normas trabalhistas que se seguiram na França, quase todas sobre jornada diária, intervalos, mulheres e menores.

O Estado acelerava a sua intervenção na ordem privada, interferindo nas relações jurídicas entre o trabalhador e o empregador. Também na Alemanha o mesmo fenômeno ocorreu. Em 1839 foi publicada lei que proibia o trabalho de menores de 9 anos e restringia a 10 horas a jornada diária para os menores de 16 anos. A execução dessa lei ficou sob a incumbência da Polícia e das autoridades em educação. Em 1853 a lei elevou a idade mínima do menor operário para 12 anos e limitou a jornada de trabalho dos menores de 14 anos a 6 horas. Em 1869, uma lei de inspeção trabalhista dispôs que "todo o empregador é obrigado a fornecer e a manter, à sua própria custa, todos os aparelhos necessários ao trabalho, tendo em vista a sua natureza, em particular, do ramo da indústria a que sirvam, e o local de trabalho em ordem a fim de proteger os operários, tanto quanto possível, contra riscos de vida e de saúde". Coube aos governos dos Estados dar atuação a essa lei.

A legislação industrial, nessa altura do seu desenvolvimento, passava a se estender a outras atividades, consequência da própria modificação da estrutura social, das invenções da técnica, das novas máquinas, do surto de desenvolvimento das comunicações e dos novos tipos de profissão que iam surgindo.

Daí por que gradativamente passou a transformar-se em *direito operário*.

Tal expressão não é apenas simples questão terminológica, mas o resultado da própria expansão do direito do trabalho. As novas relações jurídicas que se estabeleciam entre o trabalhador e o empregador não se confinavam à indústria. Havia o convencimento da necessidade de um direito mais flexível e de outra amplitude.

Eis por que, como Scelle (1929), passaram os autores a falar em direito operário. Outros também o fizeram, inclusive no Brasil e já em 1905, a exemplo de Evaristo de Moraes, em sua notável obra *Apontamentos de direito operário*.

O direito do trabalho rapidamente institucionalizou-se, fenômeno recente, cujas totais manifestações ainda estão ocorrendo.

Seus princípios foram adotados pelos Estados, moldados pelo ideal que os anima na época contemporânea: a realização da justiça social.

Daí a penetração do direito do trabalho nas Constituições modernas.

É o caso da Constituição do México (1917 e 1962), Chile (1925), Peru (1933), Áustria (1925), Rússia (1918 e 1935), Brasil (1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), Espanha (1931), Uruguai (1934), Bolívia (1938), Nicarágua (1939), Honduras (1936), Colômbia (1936 e 1945), Romênia (1948), República Federal Alemã (1949), República Democrática Alemã (1949), Tchecoslováquia (1948), Venezuela (1947 e 1961), Turquia (1961), Iugoslávia (1921 e 1963) e Guatemala (1965).

Em alguns casos, como na República Federal Alemã, também as Constituições dos Estados federados, de que são exemplos as de Land Baden (1947), da Baviera (1946) e da Renânia de Norte-Vestefália (1950), inserem, entre os seus textos básicos, normas de direito do trabalho.

Há países que codificaram a legislação. Exemplifique-se com o *Code du Travail* da França, cuja redação foi iniciada em 1901.

Em outros, as leis trabalhistas estão no *Código Civil*, como na Itália, no *Código das Obrigações*, como na Suíça, em *Consolidações*, como no Brasil, em leis especiais, como no México e em Portugal, este país com uma lei do contrato do trabalho e um *Código do Trabalhador Rural* (1962). O Brasil teve o *Estatuto do Trabalhador Rural* (1963) revogado pela Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973.

Não só por meio de leis, constitucionais e ordinárias, positivou-se o direito do trabalho.

O seu pluralismo gera outras normas emanadas de fontes não estatais.

Nos Estados Unidos, as convenções coletivas de trabalho, fruto de negociações diretas entre os sindicatos interessados, cobrem a maior parte da ordem jurídica.

A *Organização Internacional do Trabalho* promulga convenções que em muitos países têm a força de lei federal.

Na Europa são frequentes os tratados internacionais, bilaterais ou multilaterais, especialmente sobre previdência social.

O direito do trabalho ganhou consistência e autonomia, impondo-se na ciência jurídica como o ramo do direito que traduz as aspirações da época em que vivemos.

O direito do trabalho tende à realização de um valor: a justiça social. Não é o único meio de sua consecução, mas é uma das formas pelas quais um conjunto de medidas que envolvem técnicas econômicas de melhor distribuição de riquezas, técnicas políticas de organização da convivência dos homens e do Estado e técnicas jurídicas destinadas a garantir a liberdade do ser humano, dimensionando-a num sentido social, visa a atingir a justiça social.

É convencimento geral dos analistas a necessidade de uma ordem social justa, o que pressupõe a superação dos problemas que caracterizam a questão social.

A consciência dessa necessidade levou o pensamento a defender e elaborar doutrinas sociais para que a ordem social viesse a sofrer modificações.

Destaque-se a doutrina social da Igreja desenvolvida na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, de Leão XIII, na Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, de Pio XI, em discursos e documentos pontifícios de Pio XII, nas Encíclicas *Mater et Magistra*, de 1961, e *Pacem in Terris*, de 1963, de João XXIII, na Encíclica *Populorum Progressio*, de 1967, e na *Laborem Exercens*, de 1981, de João Paulo II.

Considerando o trabalho como algo que participa da dignidade pessoal do homem e merece a mais alta valoração, a doutrina social da Igreja tem um forte sentido humanista e prega teses entre as quais o "justo salário" mediante participação dos trabalhadores nos lucros dos empregadores, direito de associação para que os trabalhadores possam manifestar as suas opiniões e obter melhores contratos de trabalho, direito a uma condição digna da atividade profissional, direito ao emprego, tudo segundo uma visão transcendental da destinação do ser humano.

Para a nova estrutura social em que o trabalho deve ocupar uma posição que não lhe é reconhecida, a doutrina social da Igreja Católi-

ca sustenta a necessidade de alterações no sistema econômico, porém condena a luta de classes, proscrevendo a violência.

Difere, portanto, de outras teorias que, visando, entre outros, a esse mesmo fim, apresentam propostas que, a exemplo do *anarquismo*, defendem a luta de classes, ou ainda, como o *socialismo*, a ditadura do proletariado como forma política pela qual a questão social encontraria melhor dimensionamento. O denominado *Socialismo Científico do Marxismo* tem como documento fundamental o Manifesto Comunista de 1848, sugerindo a tomada do poder político pelos trabalhadores para a supressão do capitalismo e das classes sociais, evanescendo-se o Estado e o direito e surgindo a autogestão da sociedade. Outras teses do marxismo são a união internacional dos trabalhadores e a teoria sobre o valor ou preço do trabalho, a *plus valia*, sempre partindo de uma posição fundamental, o materialismo e o condicionamento dos fatos políticos, trabalhistas, sociais em geral ao fato econômico.

Divergentes as doutrinas sociais quanto aos seus aspectos fundamentais, coincidem no entanto quanto à desorganização da vida social, ao valor do trabalho, ao dever de trabalhar e ao direito ao trabalho, combatendo as desigualdades quer para suprimi-las, como na utopia marxista, quer para reduzi-las, como no pensamento cristão.

As Declarações de Direitos também influíram na formação da ideia de justiça social, a saber, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, a *Carta Social Europeia*, a *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais* etc.

14. As ideias jurídico-políticas

Pensar o direito do trabalho sob a perspectiva do *liberalismo individualista da Revolução Francesa* — importância analisada por Miguel Reale em *Nova fase do direito moderno,* São Paulo, Saraiva (1998) — de um lado tem o mérito de reconhecer o significado, para o ser humano, da liberdade, de outro abre uma série de questões cuja solução ainda não foi alcançada.

Mas é opinião dominante que o liberalismo afirmou valores. São eles: a autossuficiência dos direitos inatos do homem, a autonomia da vontade como fonte geradora da ordem social e política e o livre con-

sentimento como fundamentação da convivência social e limite conatural do Poder. No entanto, gerou um desequilíbrio nas relações de trabalho ao favorecer a procura, pelo homem, do seu próprio interesse, sem interferência do Estado, não se divergindo que os princípios da primeira fase do individualismo não contribuíram para a formação de uma estrutura coletiva de relações de trabalho mostrando-se, ao contrário, tal qual uma barreira inicial, para que tivessem curso as leis trabalhistas.

Observe-se que as ideias liberais sobre o contrato, inclusive o princípio do *pacta sunt servanda,* evoluíram mescladas com a intervenção básica do Estado. Na teoria contratualista predomina a explicação sobre a natureza jurídica do vínculo entre o trabalhador e o empregador, fundada nas ideias liberais sobre o contrato. As origens da concepção contratualista desse vínculo são encontradas na antiga concepção da *locatio.* Não se pode ignorar que a ideia do *contrato de trabalho* tem o mérito de ser um divisor de águas na história do trabalho, deixando no passado o trabalho escravo e fundamentando, no plano jurídico, o trabalho livre assalariado.

Foi ampla, sem dúvida, a repercussão da crítica do *marxismo* sobre a retribuição do trabalho, a exploração do trabalhador, a *teoria da mais-valia,* a defesa do trabalho como fonte única da riqueza, representando, sem dúvida, uma análise profunda da questão social, dos problemas gerados pela sociedade industrial e o capitalismo e que o individualismo liberalista da Revolução Francesa de 1789 ensejou com a teoria do Estado omissivo, simples e espectador perante a ordem econômica e social.

A tese da *mais-valia,* do caráter permanente da luta de classes, a teoria da evanescência do Estado, pontos centrais da teoria marxista e que visavam à instauração de uma sociedade sem classes, são teses que os fatos não comprovaram com as quais a teoria começou a ruir, não dando resposta a diversas indagações centrais: como é possível uma sociedade igualitária sem a supressão da liberdade? Se o homem é livre, como será igual? Qual é o sentido da ação de um sindicalismo de reivindicação perante o Estado no qual o operariado é o detentor do poder político? Se o sindicato é um órgão de representação de classe, quem será por ele representado numa sociedade sem classes? Qual é a lógica que justificaria a existência de um direito do trabalho prote-

cionista de uma classe social numa sociedade sem classe? De que modo o Estado poderá impor uma legislação trabalhista numa sociedade sem Estado? Vê-se, logo, que Marx deslocou a questão trabalhista para o âmbito político, não oferecendo uma alternativa jurídica para fundamentar o direito do trabalho. De outro lado, ao conceber o direito como superestrutura condicionada pela infraestrutura econômica, deu razão àqueles que sustentam que o direito do trabalho é mero apêndice do direito econômico, como se fosse um dos setores deste, e não um corpo de normas independentes e destinadas exatamente a evitar a absorção do trabalhador pelo processo produtivo.

Refletir sobre o direito do trabalho, segundo a perspectiva de um direito natural, quer de origem divina, como pregaram os pensadores teólogos, quer de um direito natural fundado na natureza das coisas, como prefere Messner, leva a uma abordagem cristã dos fatos sociais, com todas as consequências daí derivadas, entre as quais a inserção da fé na vida social como fonte inspiradora do *justo*, o devido por justiça ao trabalhador como pessoa que tem necessidades vitais que devem ser providas, subordinando a questão social a um ideal de justiça superior que os imperativos econômicos nem sempre comprovam. Trava-se, hoje, o debate entre o justo e o possível. Indaga-se se o justo é um fim do direito e se esse fim é sempre alcançado, embora sempre devesse ser procurado.

Premissas dessa magnitude deram suporte a uma tendência do direito do trabalho: a proteção do trabalhador, elevada ao mais alto nível de princípio jurídico pela contribuição doutrinária da obra de Américo Plá Rodriguez. Em *Los principios del derecho del trabajo* (1975), a tese protecionista encontrou a sua mais ampla e conceituada formulação, associada, que foi, aos próprios fins do direito do trabalho compreendido como direito destinado a uma função, compensar, com a proteção jurídica do trabalhador, a dependência econômica em que se acha no contrato de trabalho perante o empregador, meio de correção do desnivelamento que marca as posições dos dois sujeitos nesse contrato.

O *corporativismo de Estado* é uma filosofia política e não uma filosofia jurídica. Como tal, o seu estudo pertence à Teoria do Estado. Não obstante, sua penetração no âmbito jurídico das relações de tra-

balho justifica o seu estudo entre as ideias jurídicas que influíram no direito do trabalho. É sabido que a palavra *corporativismo* tem mais de uma acepção: *corporativismo societário*, não estatal, dos países em que a vida associativa atingiu alto grau regulada por instituições únicas, não competitivas, detentoras de exclusividade de representação, verdadeiros agentes da autoridade governamental; e *corporativismo estatal*, ou seja, de países em que esse é um modelo de representação de interesses ou categorias profissionais e econômicas, que é o sentido com que o vocábulo é aqui examinado, do corporativismo como uma forma de organização das classes sociais pela ação intervencionista do Estado visando a integrar as forças produtivas — os grupos profissionais e econômicos — em organizações verticais e não conflitivas, cujas associações, para que tenham existência legal, dependem do reconhecimento do Estado, do qual recebem a delegação do exercício de funções públicas, detentoras do monopólio da representação no interior da sua respectiva categoria.

O corporativismo estatal invalidou a espontaneidade do sindicalismo ao atrair, para o Estado, a organização dos trabalhadores em categorias ontológicas, fechadas e imutáveis sem a autorização do poder político. Se cabe ao Estado disciplinar as relações coletivas de trabalho, nestas se exercitam interesses públicos e não interesses privados. Se o Estado é o detentor do poder sobre a organização e a ação sindicais, fica prejudicada a sua espontaneidade. Enfim, o direito do trabalho não é público. Se o for, as relações jurídicas que o integram vinculam diretamente o cidadão ao Estado e não os trabalhadores às empresas.

Outra concepção, o *positivismo sociológico,* contribuiu para a construção de uma visão empírica do direito do trabalho como realidade que se desenvolve na concretitude da *praxis,* uma sucessão de fatos da vida real, por tal motivo suficientes para que tenham uma expressão jurídica.

O direito como fato social, do *realismo jurídico* norte-americano, inspirou uma concepção econômica das relações de trabalho analisadas, que foram, mais sob o prisma da sociologia e das exigências do *processo industrial*, e menos sob os referenciais do sistema jurídico, estudadas como *relações industriais* e não como *direito do trabalho.* Influiu não só nos Estados Unidos como em outros países que recebe-

ram as mesmas influências, inclusive o Japão. Esse sentido pragmático leva os sujeitos das relações de trabalho a praticar técnicas não estatais de composição das suas disputas, com realce para a arbitragem e a mediação, traduzindo tentativas de conciliação direta, sem a participação do Estado.

De origem sociológica, também, e com reflexos semelhantes é o *institucionalismo,* na França, de Maurice Hauriou e Georges Renard. Com efeito, a *teoria dos fatos normativos* mostra que a instituição é uma ideia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social como um poder que se organiza pela concretização dessa ideia.

Essa ideia passa da subjetividade dos seus idealizadores para a objetividade da infraestrutura social, permite uma justificação institucional do direito do trabalho segundo uma concepção menos legalista e mais objetivista, na qual se situa a teoria institucional do sindicalismo.

A teoria institucionalista fundamenta, em alguns sistemas jurídicos, como o da Itália, a dupla realidade das entidades sindicais, a legal e a institucional, ambas suficientes para dar eficácia às representações dos trabalhadores, os sindicatos de direito e os sindicatos de fato, ambos com os mesmos poderes de atuar na defesa dos interesses dos seus representados.

A *lógica do razoável* é uma forma específica de lógica jurídica exposta por Recaséns Siches em *Nueva filosofía de la interpretación del derecho.* É uma tentativa, válida também para o direito do trabalho, de reapreciação da lógica aplicável ao direito. Rejeita a lógica aristotélica, criada para ciências do mundo físico e matemático. Propõe a substituição da lógica aristotélica clássica por uma lógica adequada às ciências do comportamento humano. Vê a norma jurídica positiva como instrumento, utensílio fabricado pelos homens com o fim de tratar determinado tipo de situação ou de conflito social e que não pode ser verdadeira ou falsa, mas pode ser justa ou injusta, conveniente ou inconveniente, eficaz ou ineficaz, condicionada, que está, a determinada situação que é a sua motivação, para cujo fim é insuficiente a lógica tradicional. A sentença não é um silogismo.

A lógica do razoável é calcada nos seguintes pontos: o reino da vida humana, a que pertence o direito positivo, tendo outra lógica; o

logus ou lógica do razoável, único método de interpretação jurídica em condições de iluminar a compreensão do significado dos preceitos normativos jurídicos; o racional, *logus* do ser humano, impregnado de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração e de pautas axiológicas, diferentemente da lógica material, que parte de conceitos *a priori absolutizados* ou *etiquetas classificatórias.*

O direito do trabalho tem subprincípios do princípio protetor segundo a obra de Plá Rodriguez, *Os princípios do direito do trabalho*. Entre esses princípios está o *da razoabilidade,* para alguns uma peculiaridade do direito do trabalho, a meu ver um princípio comum a todos os ramos do direito, contanto que se admita que os motivos em que se inspira a lógica do razoável são os mesmos que o justificam.

A *Escola do Direito Livre* criou uma concepção de interpretação do direito que se refletiu no denominado *Direito Alternativo do Trabalho.* Essa Escola tem as suas bases doutrinárias assentadas em alguns pressupostos: a constante mutação do fenômeno social; a necessidade de acompanhamento dessas modificações pelo direito; a insuficiência dos silogismos e axiomas de lógica formal, para a solução dos conflitos sociais; a inexistência da plenitude da ordem jurídica; o reconhecimento de que a vontade é uma mística; e a afirmação central de que a criação do direito não é exclusividade do legislador, comportando outras vias inclusive a judicial. O intérprete deve inspirar-se no direito justo (Stammler), no direito natural (Jung), nas normas de cultura (Meyer), no sentido jurídico (Schlossmann e Sturn) ou na equidade (Schmölder).

O *jusformalismo* valoriza a forma e leva a uma *teoria formal* do direito do trabalho. Para Stammler, "forma" equivale à universalidade incondicionada, o que pressupõe a existência na mente humana de uma forma pura do pensamento mediante a qual o homem adquire a consciência do direito, premissa de que se vale a Escola de Viena como uma filosofia ou teoria geral do direito. Em outras palavras, a forma é uma realidade sensível e tem a função de comunicar ao nosso espírito a vida espiritual dos outros por meio de símbolos objetivos.

O *sistema de normas jurídicas trabalhistas* recebe influências jusformalistas do tipo kelseniano. O direito do trabalho segundo uma concepção objetiva é um ordenamento jurídico estatal, pois Estado e

Direito se confundem, constituído de normas dispostas numa pirâmide em que cada norma encontra o fundamento da sua validade na que a precede, tendo como ponto de partida a norma fundamental, relacionadas entre si, individualizando-se no caso concreto, em que o direito é aplicado, nas formas do contrato e da sentença.

A *estrutura interna lógico-formal* das normas jurídicas no *direito do trabalho* não apresenta nada que a difira da norma jurídica geral. Desse modo, a norma jurídica no *direito do trabalho*, compreendida segundo a concepção kelseniana, seria um juízo ou uma proposição hipotética na qual é previsto um fato relacionado com uma consequência denominada sanção. Esta é uma pena aplicável quando o comportamento dos destinatários da norma não corresponder ao enunciado por ela descrito.

A norma jurídica, no *direito do trabalho,* apresenta um dado que a difere das demais que integram o ordenamento jurídico. Não é de natureza formal, mas material. O seu conteúdo tem uma característica. É a *especialidade*, fator justificante da sua existência e característica que faz dela norma diferente das demais com as quais convive no sistema jurídico. A especialidade é compreendida como a qualidade que faz de algo um ser ou um fenômeno particular e inconfundível com outros, do mesmo ou de outro gênero, propriedade que apresenta a norma jurídica de *ser* no ordenamento jurídico, uma norma que não se confunde com as demais.

Outros são os pressupostos da teoria do ordenamento jurídico.

Influiu na concepção das fontes de produção das normas jurídicas trabalhistas, como pluralismo jurídico, compreendido como a diversificação de processos pelos quais o direito do trabalho é positivado no ordenamento jurídico, não só como direito estatal, mas também como produto dos diversos centros de positivação não estatais no sentido de Gurvitch e de Bobbio, como expressão da autonomia dos grupos profissionais e econômicos nas relações entre si.

A tese já está presente nos estudos de Santi Romano, em *L'ordinamento giuridico* (1918), para quem o direito, no sentido objetivo, é um ordenamento, uma instituição e um preceito ou complexo de preceitos, normas ou disposições particulares, diversamente reagrupadas ou sistematizadas, de caráter jurídico, e em Santoro-Passarelli,

na Itália, em *Nozioni di diritto del lavoro*, que desenvolveu a teoria da *autonomia coletiva* a partir da noção de interesse coletivo como interesse privado que vincula uma pluralidade de pessoas em torno de um bem idôneo à satisfação de uma necessidade comum.

A *concepção axiológica do direito* — uma correta tentativa de superação dos limites da unilateralidade da corrente formalística, que o reduz a lógica formal destituída de conteúdo, e da concepção oposta do idealismo, que compreende o direito como ideia e rejeita a importância inafastável da forma — vai encontrar os seus fundamentos na teoria dos valores e considera a atividade científica do jurista como cognoscitiva e avaliativa.

A sua máxima expressão está no pensamento de Miguel Reale, não só na concepção do *direito como experiência*, mas no *tridimensionalismo jurídico*, expostos nos seus livros, em especial nas *Lições preliminares de direito,* na *Teoria tridimensional do direito* e no mais recente *Fontes e modelos jurídicos*, nos quais são encontrados fundamentos para uma visão nova do direito do trabalho, tendo em sua gênese a energia dos fatos e dos valores que atuam reciprocamente, pondo-se a norma jurídica como síntese integrante que se expressa como resultado dessa tensão.

O *neoliberalismo*, na sua concepção inicial, caracterizado por um Estado intervencionista que reage contra o individualismo da Revolução Francesa de 1789, na versão contemporânea a de um Estado liberal regulador e de economia de mercado, valoriza a negociação coletiva, procurando desregulamentar o direito do trabalho, substituir a lei pelos convênios coletivos de trabalho, para que os próprios interessados encontrem, diretamente, soluções para os conflitos trabalhistas com amplitude do princípio da liberdade sindical e da autonomia coletiva dos particulares.

O *direito do trabalho* vive atualmente um conflito entre as suas concepções, a *protecionista*, acusada de *hipergarantista*, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a *reformista* que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador.

§ 2º O período recente

Sumário: 1. Transformações no mundo das relações de trabalho. 2. Desemprego, direito do trabalho e terceiro setor. 3. Globalização econômica, avanço tecnológico e direito do trabalho. 4. Efeitos da globalização. 5. A Lei Biagi da Itália (2003), a Lei do Trabalho Autônomo da Espanha (2007) e a Lei da China (2008). 6. O Estado do Bem-Estar Social. 7. A crise de 2009.

1. Transformações no mundo das relações de trabalho

São grandes as transformações no mundo das relações de trabalho.

A conjuntura internacional mostra uma sociedade exposta a sérios problemas que atingiram em escala mundial os sistemas econômicos capitalistas. Os empregos diminuíram, cresceram outras formas de trabalho sem vínculo de emprego, as empresas passaram a produzir mais com pouca mão de obra, a informática e a robótica trouxeram produtividade crescente e trabalho decrescente.

A legislação é flexibilizada e surgem novas formas de contratação. Nos Estados Unidos, em 1992, cerca de 27% das mulheres e 11% dos homens já trabalhavam em tempo parcial e em 2008 diminuiu a oferta de empregos, fato acompanhado pela desaceleração da economia. Foi afetado pela inadimplência o sistema de financiamento de aquisição de imóveis residenciais. As jornadas de trabalho e os salários foram reduzidos como alternativa para as dispensas em massa. Elevaram-se os níveis de terceirização. Os encargos sociais pesaram muito na formulação dos gastos das empresas com os empregados. O treinamento do pessoal ampliou-se. Novas formas de contratação do trabalho apareceram.

A desigualdade social não foi reduzida e a exclusão de amplos setores sociais da economia formal e da rede de proteção legal dos sistemas de previdência social nos países da América Latina criou uma situação precária que afetou expressiva parcela do trabalho[1].

Em 2008 a Organização das Nações Unidas promoveu debates e se manifestou sobre o problema da escassez de alimentos no mundo.

Diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do emprego e não mais a ampliação de direitos trabalhistas.

A experiência internacional de direito do trabalho de maior destaque é o *direito comunitário do trabalho* da União Europeia, um superdireito compulsório em todos os países integrantes da União, sobrepondo-se ao direito interno de cada país que deve com ele coadunar-se. Iniciada em 1951 com o acordo econômico sobre carvão e aço, a União Europeia passou a ser, na atualidade, não apenas mera união aduaneira e econômica, mas um ordenamento jurídico.

O Mercosul criado por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai ainda traça os seus primeiros passos antes de se transformar, também, em um ordenamento jurídico de direito do trabalho.

2. Desemprego, direito do trabalho e terceiro setor

O desemprego estrutural, resultante de diversas causas em vários países, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, afetou a sociedade comprometendo princípios que sempre foram consagrados, como

1. Wilhelm Hofmeister e outros, *Alemanha, Europa e América Latina: elementos de uma parceria estratégica*, São Paulo, Centro de Estudos, 1999, p. 28.

o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais.

Estamos diante de nova questão social, a resultante da extinção de postos de trabalho sem perspectivas de reaproveitamento do trabalhador reciclado para novas atribuições, situação iniciada no período pós-1970 e que provoca discussões sobre os fins do direito do trabalho como direito exclusivamente garantístico do empregado ou, além disso, um direito sensível aos imperativos do desenvolvimento econômico e do avanço do processo produtivo.

O professor norte-americano Jeremy Rifkin, em obra de grande divulgação, *The end of work* (1994), ao analisar as duas faces da tecnologia, mostrou o seu lado cruel, a substituição dos empregados pelo *software*, a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados e o crescimento da produtividade das empresas com o emprego da alta tecnologia no lugar dos trabalhadores.

Afirma que no período atual, pela primeira vez, o trabalho humano está sendo sistematicamente eliminado do processo de produção para ceder lugar a máquinas inteligentes em incontáveis tarefas e nos mais diferentes setores, inclusive agricultura, indústria e comércio.

A eliminação de cargos atinge atribuições administrativas e da base da mão de obra, a reciclagem profissional beneficia um número percentual pequeno do total de desempregados, o setor público apresenta-se enfraquecido e os países que têm excesso de mão de obra barata estão verificando que é muito mais econômica a produção resultante da tecnologia.

A competição e a concorrência internacional entre as empresas as levam a um contínuo esforço de redução de custos que afeta negativamente as condições de trabalho.

Para Rifkin um terceiro setor abre caminho na sociedade: as atividades comunitárias, que vão desde os serviços sociais de atendimento à saúde, educação, pesquisa, artes, religião e advocacia até as organizações de serviços comunitários, que ajudam idosos, deficientes físicos, doentes, desamparados, desabrigados e indigentes, com voluntários que dão colaboração e assistência a creches e programas de reforço escolar, ampliam-se numa sociedade cujo problema de exclusão de uma grande parcela das pessoas é preocupante. O serviço comuni-

tário, alternativa para as formas tradicionais de trabalho, em grande parte voluntário, é também, paralelamente, muitas vezes, uma atividade com expectativa de ganho material, e para esse setor devem voltar-se as atenções maiores do Governo.

As empresas procuram reduzir gastos, subcontratam os serviços de que necessitam, reordenam a escala de salários para afastar-se o quanto possível de uma estrutura de salários fixos e adotar planos salariais variáveis de acordo com a produtividade. As revoluções mecânica, biológica e química na agricultura deixaram milhões de trabalhadores sem serviço, ao mesmo tempo que a produtividade agrícola aumentou, registrando números surpreendentes com menos pessoal. No setor bancário, um caixa eletrônico realiza 2.000 operações diárias, enquanto um caixa humano, no mesmo tempo, faz 200 transações.

O movimento sindical perdeu muito do seu poder de negociar, e o seu número de filiados diminuiu, apesar das ações que desenvolve no sentido da sua afirmação e da defesa dos interesses dos trabalhadores, alterando-se a fisionomia das pautas de reivindicações periódicas, antes centrada em melhores salários, agora em manutenção de empregos, retreinamento e vantagens sociais mais do que econômicas.

Aumentaram as negociações coletivas em nível de empresa, embora subsistam as discussões no plano das categorias e, até mesmo por força da globalização dos mercados, na esfera internacional, responsável, também, pela instituição de comunidades, como a União Europeia, que traz como decorrência natural a formação de um direito do trabalho comunitário e de convenções coletivas, em nível de empresa, comuns a mais de um país.

A classe trabalhadora começou a lutar por bandeiras diferentes das tradicionais, entre as quais a redução das horas de trabalho como meio de combate ao desemprego, na medida em que o tempo preenchido em horas extras com um empregado poderia servir à ocupação de outro. Na Europa, mediante acordos coletivos, houve significativas reduções da jornada de trabalho, exemplificando-se, na Alemanha, com o acordo entre a Volkswagen e o sindicato dos trabalhadores, que permitiu a conservação de cerca de 30.000 empregos.

Ampliaram-se, em alguns países, os contratos por prazo determinado, como na Espanha, autorizados em novas hipóteses e desoneran-

do a empresa de alguns encargos sociais, com o objetivo de promover a absorção de desempregados na medida da redução do custo do trabalho no término do vínculo jurídico[2].

É elevado o número de pessoas no mundo desempregadas ou subempregadas. As estimativas são de crescimento desse contingente, e o direito do trabalho ainda não encontrou meios eficazes de enfrentar o problema que caracteriza o período contemporâneo com *a nova questão social*, resultante do crescimento do exército de excedentes atingidos pela redução da necessidade de trabalho humano, substituído pela maior e mais barata produtividade da tecnologia, fenômeno desintegrador que não poupou nem mesmo os países de economia mais consistente.

A *reengenharia* do processo produtivo, a informática e a globalização levaram as empresas a reestruturar os serviços transferidos para unidades menores e a dispensar por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais, aumentando a produção com um número menor de empregados. Surgiram novos tipos de trabalho, que os computadores e a televisão criaram, como o teletrabalho na residência do prestador.

O resgate da dívida social, tarefa que desafia os Governos, tem reflexos políticos na América do Sul, como mostram os resultados das eleições que escolheram novos presidentes da República em alguns países.

3. Globalização econômica, avanço tecnológico e direito do trabalho

Desenvolveu-se, neste período, a *globalização.*

O fenômeno não é novo porque desde as primeiras trocas comerciais entre países e continentes é possível dizer que havia globalização. Antes da Primeira Guerra Mundial havia comércio internacional e

2. *V.* Políticas de empleo en una economía mundializada*,* OIT, Informe V, Genebra, 83ª Reunião, 1996; José Pastore, A agonia do emprego: investimentos de menos e regulamentos de mais*, LTr*, *60*(1):18, 1996; Ives Gandra da Silva Martins, O desemprego estrutural e conjuntural, *LTr*, *60*(5):591, 1996; Indicadores de 1995 revelam quadro desfavorável aos trabalhadores, *Boletim Dieese*, n. 179, jan./fev. 1996, p. 21.

investimentos privados em outros países, o que passou a interessar ao direito do trabalho com o aumento da sua amplitude, a interligação entre os países, a maior facilidade de circulação de bens, mercadorias e trabalhadores sem fronteiras e o extraordinário progresso tecnológico e dos sistemas de comunicação, tudo facilitando o desenvolvimento de uma nova realidade que afetou as relações de trabalho.

Em Denver, Colorado, em 1997, reuniram-se os chefes de Estado e de Governo do "Grupo dos Oito" — principais países industrializados — e publicaram um comunicado apontando a globalização como principal fator responsável pelo crescimento da prosperidade mundial nos últimos anos. Nem todos os especialistas de direito do trabalho concordam com isso. Para alguns, a globalização é um fator perverso de imposição de imperativos da economia em detrimento do avanço social das populações cada vez mais pobres.

A posição da Organização Internacional do Trabalho — OIT diante da questão é mostrada em quatro principais estudos, *O emprego no mundo* (1996/1997), *As políticas nacionais na era da globalização* (1996), *A atividade normativa da OIT na era da globalização* (1997) e a *Declaração sobre a justiça social para uma globalização equitativa* (2008).

O seu diretor, Héctor G. Bartolomei de la Cruz, no Seminário Internacional sobre Relações de Trabalho, realizado no Brasil (1997), mostrou que esses documentos revelam uma preocupação de que a atual e precária situação do emprego venha a agravar-se porque os rápidos progressos técnicos estão trazendo um crescimento que não cria empregos e nos coloca diante de um quadro de deterioração quase universal das condições de trabalho, com diminuição do pessoal, supressão de postos de trabalho e redução dos salários dos trabalhadores não qualificados. Mas afirma que não se pode estabelecer uma relação direta entre a liberalização do comércio internacional e as perdas de empregos, preconizando uma política econômica e social coordenada com o desenvolvimento de programas de ação que devem ser apreciados sob o prisma da justiça social.

A Declaração de 2008 aponta as duas faces da globalização, a benéfica na medida em que permite altas taxas de crescimento, criação de empregos e incremento para ampliar o número de produtos e circu-

lação das ideias, e a negativa na medida em que obriga muitos países a enfrentar o problema da desigualdade de rendas, altos níveis de desemprego e pobreza, vulnerabilidade econômica diante de crises externas e crescimento do trabalho informal.

Surgiram uniões regionais destinadas a facilitar a livre circulação de bens e trabalhadores. A União Europeia, experiência que reuniu países do Velho Continente, começou como Comunidade do Carvão e do Aço em 1951, transformou-se em Comunidade Econômica Europeia — CEE e, por meio do Tratado de Maastricht (1992), institucionalizou-se como ordenamento político e jurídico, regido por normas jurídicas aprovadas por seu Parlamento, daí surgindo um direito comunitário. Na América do Sul foi instituído o Mercosul, por meio do Tratado de Assunção (1991), do qual são signatários originários Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, seguindo-se o Protocolo de Ouro Preto (1994).

A competitividade entre empresas de diferentes países intensificou-se com as maiores facilidades proporcionadas pela velocidade e agilidade das comunicações e comércio, provocando uma concorrência maior, que as levou a iniciativas com a finalidade de reduzir custos da produção, entre os quais o número de empregados, os salários, as formas de contratação e a jornada de trabalho, o que se refletiu sobre o direito do trabalho.

Tanto a descentralização da produção como a possibilidade de produzir no exterior, e não apenas internamente, e o aumento do desemprego reduziram a capacidade de negociação coletiva dos sindicatos de trabalhadores diante da pulverização das suas unidades de produção, o que levou a um aumento das negociações coletivas em nível de empresa e à redução em nível de categoria ou outro mais amplo. Para evitar o *dumping* social, alguns acordos comerciais passaram a conter cláusulas sociais.

A redução dos níveis de proteção ao trabalhador passou a ser admitida por uma corrente, que vê, nisso, uma forma de diminuir o desemprego, partindo da premissa de que os empregadores estariam mais dispostos a admitir trabalhadores caso não tivessem de responder por altos encargos trabalhistas ou não encontrassem dificuldades para a descontratação. Para esse fim, estimulam maior espontaneidade das forças de mercado para ajuste direto entre os seus interesses.

As novas figuras jurídicas com que o direito do trabalho passou a defrontar são, entre outras: a ampliação do uso dos contratos de trabalho a prazo mediante formas diversificadas; a redução da jornada normal e da carga semanal de trabalho, principalmente por meio de negociações coletivas, como forma de abertura de novos empregos, em alguns casos com a redução dos salários e em outros com a manutenção dos níveis salariais; estratégias de compensação de horários, dias ou semanas de trabalho, como, por exemplo, a anualidade da jornada normal, o que significa que o acréscimo pago pelas horas extraordinárias só é devido no caso de excesso do total das horas normais estabelecidas para o ano; a redução, por iniciativa do Governo, de encargos previdenciários que oneram o empregador, como meio de incentivo para a contratação de trabalhadores; o trabalho de meio expediente, que nos Países Baixos atingiu cifras próximas de 16% da força de trabalho masculina e 60% da feminina (1990); programas de reciclagem profissional para os trabalhadores; programas específicos para a geração de emprego para deficientes; multifuncionalidade do empregado, o que significa a necessidade da sua aptidão para exercer mais de uma tarefa na empresa; derrogação das vantagens asseguradas pelo contrato individual por meio de acordos coletivos sindicais; a temporariedade do emprego; a variabilidade da remuneração não mais em bases fixas, mas condicionada à produtividade; o trabalho social ou de interesse público; o trabalho voluntário de finalidade assistencial.

Assim, a diversificação dos temas centrais das relações de trabalho opera em um novo quadro socioeconômico no qual se combinam elementos de flexibilização e intervencionismo diante de um mercado de trabalho fragmentado e de uma força de trabalho reduzida, característica da época contemporânea.

4. Efeitos da globalização

São diversificados os setores do direito do trabalho atingidos pelos reflexos da globalização.

Sobre os empregos foram em mais de um sentido: a) o da sua redução geral; b) o da sua ampliação setorial, decorrência das transformações da sociedade industrial para a pós-industrial, com a criação de novos setores produtivos, que advieram das tecnologias modernas

e do crescimento do setor de serviços, hoje maior do que o industrial, com a transferência dos setores industriais de países desenvolvidos para os emergentes; c) a descentralização das atividades da empresa para empreendedores periféricos, por meio das subcontratações; d) a informalização do trabalho da pessoa física, com o crescimento do trabalho autônomo e o uso de formas parassubordinadas de contratação do trabalho; e) a requalificação profissional do trabalhador, com a valorização do ensino geral e profissional.

Jeremy Rifkin (1994) vê o declínio inevitável e a redução da força de trabalho em níveis mais altos desde a depressão de 1930. Funções que, a seu ver, não voltarão são: operários, secretárias, recepcionistas, auxiliares de escritório, vendedores, caixas de banco, telefonistas, bibliotecárias, atacadistas, gerentes médios. O *software*, os robôs, os cortes de pessoal nas grandes empresas, os computadores as condenam.

O desemprego, problema não apenas brasileiro, resultado do extraordinário avanço tecnológico e do seu potencial de aumento da produção, com diminuição do número de empregos, atuou, também, no sentido de conter os sindicatos em uma posição defensiva, mas mais reivindicativa, tendo na manutenção dos empregos existentes a sua bandeira e na participação nas discussões sobre demissões coletivas e suspensões coletivas dos contratos de trabalho a sua natural preocupação.

Para o já citado sociólogo italiano, de grande prestígio no Brasil, Domenico de Masi, em *Svolupo senza lavoro*, está definitivamente chegando ao fim a sociedade do trabalho humano.

O trabalho cada vez mais está escasso, começa a faltar, é substituído pelas inovações da tecnologia, por um menor número de empregados. As compras feitas pela Internet dispensam a intermediação dos vendedores, a pintura dos carros na indústria é automática, os caixas eletrônicos, dos bancos, substituem os bancários, o *teletrabalho* evita o transporte para o local de serviços, as dispensas de empregados pelos empregadores são em massa.

Enfim, é um dos períodos agudos da história do trabalho no qual é desenhado um novo paradigma de emprego. A era é das tecnologias da informação. O avanço tecnológico e a informática criaram um

mundo dos computadores, disponibilizaram mão de obra, novas profissões surgiram, privatizações de empresas públicas intensificaram-se, sempre com profundas alterações nas relações de trabalho e no poder dos sindicatos perante o empregador.

Ganhou importância o seguro-desemprego, benefício que tem por finalidade prover a assistência financeira do desempregado durante um período. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição dos empregados pelo *software* e a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para que a empresa consiga a mesma produção. Com a utilização da alta tecnologia, o trabalho humano passou a ser sistematicamente eliminado para ceder lugar a máquinas inteligentes, que assumiram com maior velocidade as suas tarefas, nos mais diferentes setores.

A reciclagem profissional beneficiou percentual pequeno do total de desempregados, o setor público enfraqueceu-se, a mão de obra tornou-se barata em alguns países que a têm em excesso, os sistemas de seguridade social não suportaram os ônus da manutenção dos trabalhadores inativos e o Estado do Bem-Estar Social deu mostras da sua debilitação.

Assistimos: a) à diminuição dos níveis de salários, salvo para os *executivos top*; b) às novas formas de remuneração do trabalho, que procuram ancorar o ganho do trabalhador no aumento da produtividade e no desempenho das empresas, redesenhando-se um novo quadro remuneratório que se distancia dos padrões legais tradicionais, como meio de enfrentar a competitividade, as incidências salariais e os encargos salariais.

Deu-se, em alguns países, a abertura tipológica do contrato individual de trabalho com novas formas de contratação diferentes do contrato a tempo pleno e duração indeterminada. As novas formas foram, entre outras, os contratos a prazo em larga escala, o trabalho autônomo, o trabalho intermitente, o contrato de trabalho *a chamada*, o teletrabalho, o contrat*o part-time,* o contrato *a projeto*, o contrato de trabalho continuativo, de colaboração e coordenação etc.; que é na Itália um contrato entre a empresa e aquele que nela vai elaborar e executar um projeto durante um tempo.

Ampliou-se a compensação de horas com o *banco de horas*, forma de distribuir as horas de trabalho de modo a ser respeitado o total normal em determinado período, ainda que, dentro deste, tenham sido ultrapassados os limites da jornada normal, desde que, no mesmo pe-

ríodo, o empregado deixe de trabalhar o mesmo número de horas a mais, além das normais, que prestou.

Foi instituída a figura da suspensão temporária do contrato de trabalho diante de causas econômicas. É uma alternativa para a dispensa coletiva. Não se trata, ao contrário do que se possa, numa análise inicial, imaginar, de invenção brasileira. É instrumento praticado em diversos países há algum tempo (OIT — Organização Internacional do Trabalho, Convenção n. 168 sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego aprovada na 75ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1988), em vigor no plano internacional desde 17-10-1991 e no Brasil mediante o Decreto Legislativo n. 89, de 10-12-1992, do Congresso Nacional, ratificada em 24-3-1993, com vigência, em nosso país, desde 24-3-1993).

Países nos quais os índices salariais são menores são acusados de *dumping* social — como a China — pelos países desenvolvidos na discussão sobre os mercados internacionais. Os expatriados aumentam em número e em movimentação entre países. A ideia de proteção ao trabalhador nacional é substituída pelas políticas de regionalização do direito do trabalho nas Comunidades, com abertura de fronteiras dos países para o trabalhador estrangeiro.

Surgem regiões econômico-jurídicas supranacionais com ordenamento jurídico próprio sobreposto aos nacionais.

A OIT entrou numa disputa discreta com a Organização Mundial do Comércio que pretende atrair a discussão sobre os problemas do trabalho no mundo. A OIT defende as suas Convenções como mínimos éticos de proteção da dignidade do trabalhador diante da sua absorção pelo processo econômico.

5. A Lei Biagi da Itália (2003), a Lei do Trabalho Autônomo da Espanha (2007) e a Lei da China (2008)

Duas leis, uma da Itália, a Lei Biagi (2003), outra da Espanha, o Estatuto do Trabalho Autônomo (2007), indicam uma nova tendência do direito do trabalho no sentido não só de dispensar a necessária proteção aos trabalhadores, mas também atender aos imperativos do exercício da atividade econômica das empresas diante das modificações ocorridas na estrutura da produção de bens e de prestação de serviços que fez crescerem outras formas jurídicas de trabalho além da relação

de emprego. Dois foram os documentos básicos que fundamentaram a reforma da legislação trabalhista da Itália, o *Libro Bianco* (2001) e a Lei Biagi (2003). O Livro Branco deu origem à Lei n. 30/2003, bem como ao Decreto Legislativo 276/2003.

O *Libro Bianco*, redigido por um grupo de trabalho coordenado por Maurizio Sacconi e Marco Biagi, do qual participaram Carlo Dell'Aringa, Natale Forlani, Paolo Reboan e Paolo Sestito, é um estudo doutrinário socioeconômico do qual resultou a *Proposta per uno Statuto dei lavori.* É um documento extenso. Analisa o mercado de trabalho na Itália, e a proposta central é a de esforços para uma sociedade ativa e por um trabalho de qualidade. É interessante experiência de diálogo social. Entre as suas finalidades está a de garantir uma taxa de ocupação razoável próxima de um crescimento econômico sustentável. Reúne propostas para uma reforma legislativa. Não interfere nos instrumentos de política econômica, fiscal e industrial destinados a garantir um crescimento viável. Recomenda, para esse fim, a progressiva redução dos encargos sociais e contributivos que gravam o custo do trabalho e dificultam o incremento dos empregos. Sugere a reforma do sistema de previdência social de modo a ampliar a sua base contributiva.

A Itália, em 2000, apresentou um índice de desemprego de 53,5%. Visou a atingir em 2010 uma taxa de ocupação razoável diante de um mercado de trabalho inflado por diversos fatores como a mais intensa participação dos jovens, das mulheres, dos idosos, uma difusão maior do trabalho autônomo e diferentes formas de trabalho irregular.

Na definição dos novos critérios de regulação do trabalho foram considerados dois aspectos centrais, o garantismo e a flexibilidade, com o propósito de superar o que foi denominado a estéril abordagem ideológica que determinou a paralisia ou a falência de muitas reformas, priorizando-se uma política de trabalho que não pode prescindir da realidade múltipla de um país de dimensões maiores e no qual devem ser adotadas medidas diferentes para as situações diversas que apresenta em suas regiões. A estrutura social avaliada denotava uma acentuada caracterização assistencialista e pensionística, resultado de uma regulamentação trabalhista rígida da qual estava ausente uma intervenção estrutural que favorecesse a demanda e a oferta de trabalho. A experiência de outros países da Europa demonstrava a conveniência de conjugar um sistema de incentivos e amortizações que contribuíssem

para a realização de um equilíbrio entre segurança e flexibilidade de modo a acrescer vagas de trabalho e diminuir as formas de precarização do trabalho da qual pudesse surgir uma fratura no tecido social.

Assim, ao legislador nacional caberia intervir com uma *normativa-moldura* em diálogo com as regiões e interlocutores sociais. O ordenamento jurídico, propôs a reforma italiana, deve ser sempre fundado sobre o *management by objectives,* mais que sobre o *management by regulation*.

A importância maior da Lei Biagi está em alterar a tipologia dos contratos individuais de trabalho acrescentando, como hipóteses novas, o trabalho *coordenado, continuativo e de colaboração* e o *trabalho a projeto*.

Alberto Levi, professor da Universidade de Módena, em artigo publicado na Itália ("La riforma Biagi e le aperture all'autonomia collettiva, nella disciplina delle tipologie contrattuali ad orario flessibile e a contenuto formativo") enumera diversos tipos de contratos de trabalho: o intermitente, o compartilhado, o contrato a tempo parcial, o contrato de aprendizagem profissional e o *contratto di inserimento,* que equivaleria a um contrato de primeiro emprego. Ressalta, também, a importância conferida pela lei às convenções coletivas como fonte legítima para fundamentar tipos de contratos individuais que os próprios interlocutores sociais resolverem criar, ampliando, dessa forma, uma conjugação entre a autonomia individual e a autonomia coletiva.

O Decreto Legislativo n. 276/2003 também ab-rogou a Lei n. 1.369/60, que proibia a interposição de mão de obra, e o texto considera empregador aquele que age como tal na realidade dos fatos e não aquele que resulta das eventuais escolhas feitas pelas partes quando da formalização e documentação do acordo entre elas.

A Reforma Biagi inspirou-se em duas filosofias, uma *garantista* e outra *flexibilizadora,* com maior propensão para esta segunda dimensão com a introdução, no ordenamento jurídico peninsular, do contrato de trabalho acessório (arts. 70 e s. do Decreto Legislativo n. 276/2003), definido como aquele desempenhado por um período não superior a 30 dias por ano e que em qualquer caso não tenha remuneração superior a 3.000 euros por ano.

Dispõe, ainda, como foi dito, sobre o contrato de trabalho *a projeto,* no qual o prestador de serviços recebe pelo resultado do projeto, caso em que não se configura vínculo de emprego.

Introduziu, ademais, o trabalho que os italianos denominam *co.co. co.*, isto é, trabalho *coordenado, continuativo e de colaboração,* mas não de subordinação.

No plano dogmático, criou-se a figura da *parassubordinação*, uma terceira categoria de trabalho intermediária entre o trabalho autônomo e o subordinado.

Na Espanha o *Estatuto do Trabalho Autônomo* criou a figura do *trabalhador autônomo dependente econômico de uma empresa*, quando a maior parte do seu ganho mensal provém da mesma e única fonte, caso em que tem alguns direitos, entre os quais o de férias de até 18 dias e o de negociação de acordos de interesses profissionais.

Na China foi promulgada pela Comissão Permanente do Congresso Nacional do Povo, em 5 de julho de 1994, a primeira lei trabalhista. A segunda, a *Lei do contrato de trabalho do Povo da República da China,* n. 65, foi aprovada em 2007 e entrou em vigor em 2008.

A referência à lei chinesa é feita diante da importância, num país com imensa população e com níveis baixos de proteção trabalhista, de uma lei do trabalho que disciplina o contrato individual de trabalho, sua formação, alterações, dissolução, o empregado, o empregador, o contrato de trabalho, o trabalho *part-time* salário, férias*,* o contrato coletivo e a fiscalização trabalhista, como é a de 2008.

Em utilíssimo artigo sobre a China, anterior à Lei de 2008, Antonio Galvão Perez (O Dragão Chinês: *dumping* social e relações de trabalho na China, *LTr*, v. 70, n. 4, p. 467, 2006) resume suas conclusões nas seguintes afirmações: "O modelo chinês reúne incontáveis paradoxos e não se sabe em que momento não mais poderão coexistir. Das diversas questões tratadas neste estudo podem ser destacadas, nesse sentido, as seguintes ambiguidades: a) o país já não se insere unicamente no perfil dos receptores de unidades de corporações estrangeiras. Tenta atuar em todos os nichos, atraindo investimento estrangeiro, desenvolvendo sua própria tecnologia e inclusive investindo em outros Estados; b) a incessante prosperidade é cada vez menos compartilhada com a massa da população, a despeito do regime socia-

lista. A abertura representou, para a grande camada popular, a perda de direitos típicos do regime de outrora, como o emprego vitalício; c) a China já consolidou um rico parque industrial, mas ainda assiste ao início do desenvolvimento do direito do trabalho; d) o país está, em tese, submetido à *ditadura do proletariado*. O Estado intervém abertamente na organização sindical e o papel dos sindicatos não é apenas a defesa dos trabalhadores, mas, sobretudo, o de assegurar o desenvolvimento das empresas; e) o direito do trabalho já comemorou uma década de existência em território chinês (2004), mas as normas trabalhistas existentes são sistematicamente violadas pelas multinacionais, com aparente conivência do poder central".

Com efeito, no modelo chinês há certa liberdade de mercado, mas não há abertura para a liberdade individual. As relações de trabalho, como bem avalia Perez, "flertam com o liberalismo típico do início da Revolução Industrial, mas, paradoxalmente, isto ocorre sob o manto do Estado, que intervém a favor da produção, segundo a lógica do *dumping social*".

A China, tendo em vista a sua estrutura política, tenta modificar o sistema de planificação da economia sob a direção do Estado transformando-o em uma economia aberta, de mercado, participante da globalização, com volumosa exportação de produtos a preços dificilmente batidos pela concorrência, com a atuação, em seu território, de inúmeras empresas multinacionais à procura de menor custo do trabalho, aspectos, todos, que influíram na sua atual propensão de regulamentar por lei as relações de emprego, como fez.

Desde 1949 o sistema sindical esteve dominado pelo Partido Comunista da China (PCC) e, com isso, pelo Estado, repetindo-se, no seu caso, o mesmo problema que já fora apontado por Lenin ao analisar o sistema sindical soviético numa ditadura do proletariado e as contradições dessa situação uma vez que o Estado incorpora os sindicatos que ficam sem outras funções a não ser a de *correias de transmissão da ideologia política.*

"A OIT — informa o já citado Galvão Perez — está atenta às agressões contra a liberdade sindical." Em 2001 celebrou um acordo com o governo chinês para estabelecer um programa de reforma na área de emprego, diálogo social e proteção social, conforme os prin-

cípios e direitos trabalhistas reconhecidos internacionalmente. Na cerimônia de celebração do acordo, Juan Somavía, diretor-geral da OIT, entregou aos representantes do governo uma relação de trabalhadores detidos cuja libertação foi solicitada pelo Comitê de Liberdade Sindical. Em 2003, o Comitê de Liberdade Sindical solicitou ao governo chinês que iniciasse uma investigação imparcial e independente acerca da detenção e instauração de processos contra representantes de trabalhadores, sobre seu estado de saúde e sobre o tratamento que lhes era dispensado. Em relação a um conflito em uma fábrica de Liaoyang em 2002, o Comitê solicitou a liberdade dos representantes dos trabalhadores detidos e, especialmente, a retirada das acusações de terrorismo, sabotagem e subversão. Também solicitou esclarecimentos sobre as acusações relativas à detenção dos representantes de uma organização de trabalhadores demitidos na cidade de Daqing. A cooperação entre a China e a OIT se intensificou em 2004, com a promoção de um *Fórum do Emprego*. O evento resultou em um *entendimento comum*, no qual se destaca que "o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho constitui um fundamento do desenvolvimento econômico e do progresso social", iniciativas que também explicam o ingresso da China na relação dos países que têm uma legislação trabalhista apesar do grande atraso no tempo.

6. O Estado do Bem-Estar Social

Não é nova a ideia do *Estado do Bem-Estar Social (Welfare State*). Ganhou, no entanto, novo impulso no período contemporâneo como uma alternativa para o capitalismo, conquanto não deixe de ser uma estrutura econômica capitalista, porém mesclada com uma preocupação social maior, aspecto que o afasta dos sistemas capitalistas neoliberais puros na medida em que procura valorizar o homem cobrindo-o de uma manta protetora social.

Na Alemanha a Constituição de Weimar de 1919, embora tenha preceitos exclusivamente de direito do trabalho, é mais que isso. É a fonte jurídica relevante do setor que hoje se denomina *seguridade social*. É uma Constituição não só de direito do trabalho, mas de direitos sociais, o que é mais amplo.

Sobre a sua expressão, num confronto com as Constituições modernas, diz Pierre Lavigne: "Ela fixou os princípios fundamentais que podem reger o direito da classe obreira nas democracias capitalistas. Aos poucos, todos os seus princípios foram reproduzidos pelas Constituições modernas e todos Estados democráticos... Todas as Constituições democráticas afirmam o dever do Estado de proteger o trabalho; o Estado afirma que ele deve elevar o trabalho humano à dignidade de bem social cuja preservação é do interesse da coletividade. Esta ideia não é nova, ela é o corolário dos princípios afirmados na França em 1848, mas sua expressão é nova...".

Os Estados de Bem-Estar Social surgiram com a grande depressão econômica de 1929 nos Estados Unidos. Roosevelt o introduziu em seu país com uma política que recebeu esse mesmo nome. Foi a opção praticada como tentativa de combater os problemas resultantes da grande crise econômica que atingiu não só esse país, mas o mundo, trazendo redução da atividade econômica, desemprego, fechamento de empresas, fome e desestabilização da vida social,

O liberalismo norte-americano cedeu espaço para um dosado intervencionismo estatal voltado para a proteção dos desempregados mediante um programa do tipo atualmente denominado seguridade social, acompanhado de investimentos públicos para dinamizar a economia, circunstâncias que fizeram do Estado um agente da promoção social e organizador da economia e do regulamento da vida e da proteção à saúde das pessoas desamparadas, em parceria com os sindicatos e as empresas.

Daí a sua aceitação atual com a repetição, em 2009 e mesmo antes, da grande crise econômica de 1929.

Na moderna concepção de *Estado-providência*, como também é conhecido, cabe aos governos a regulamentação dos direitos sociais, e ao mercado a direção da vida econômica.

Mais tarde essa política socioeconômica, estimulada em grande parte pelo economista e sociólogo sueco Karl Gunnar Myrdal, desenvolveu-se na Europa pela *social-democracia,* e seus princípios foram adotados nos Estados escandinavos e nórdicos como Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia.

Um dos seus postulados é da maior relevância e repercute no pensamento contemporâneo do direito do trabalho: existem direitos sociais indissociáveis da existência de todo cidadão. Usa a política social como meio de obter eficiência econômica. É uma concepção não redutiva ao direito do trabalho e ingressa nos direitos sociais, em sentido amplo, como área de proteção na qual o Estado está obrigado a dispensar a sua tutela, isto é, nas áreas da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência e assistência social, proteção à maternidade, à infância, aos desamparados, prestando, portanto, muito mais que a tutela do trabalhador como tal, mas como membro da sociedade numa das situações essenciais para que possa ser um cidadão. Daí o destaque que no direito do trabalho atual se dá à expressão *cidadania do trabalhador.*

Os investimentos sociais dos Estados que seguiram essa política socioeconômica podem ser medidos pelo percentual do PIB aplicado por eles em 2001, dos quais são exemplos Dinamarca (29.2), Suécia (28.9) e Finlândia (24.8). São países de alto índice de desenvolvimento humano: em 2004, Noruega 0,965, Islândia 0,960, Suécia 0,957 e Finlândia 0,947.

7. A crise de 2009

Em 2001, com o furo da "bolha da Internet", o banco central norte-americano — Reserva Federal Americana — adotou uma política de investimentos para o setor imobiliário prevendo empréstimos com taxas de juros muito baixas, diminuição das despesas financeiras levando os intermediários financeiros e imobiliários a cooptar, em número cada vez maior mesmo sem condições, investidores em imóveis. Bancos de vários países do mundo, atraídos pelas garantias do governo, acabaram emprestando dinheiro a imobiliárias dos Estados Unidos. O sistema criado foi o de *hipotecas subprimes*, empréstimos hipotecários de alto risco e de taxa variável.

Concediam-se empréstimos para aquisição de casas até mesmo com cartões de crédito. Os bancos que instituíram essas hipotecas criaram, também, *derivativos negociáveis no mercado financeiro.* Em 2005, as taxas de juros foram aumentadas para reduzir a inflação. Surgiu um desequilíbrio. O preço dos imóveis caiu. Inviabilizou-se o

sistema. Veio depois a inadimplência. Os reflexos atingiram o sistema bancário. A crise de liquidez externa comprometeu a economia como um todo. Deu-se a falência do tradicional banco de investimento *Lehman Brothers* e da maior empresa seguradora dos Estados Unidos da América, a *American International Group* (AIG).

A crise expandiu-se. Diversas economias entraram em recessão, inclusive a de países desenvolvidos como Reino Unido, França, Alemanha e Japão. Uma onda de demissões tomou conta de grandes empresas pelo mundo. Grupos de empresas — entre eles Caterpillar, Pfizer, Philips, o banco ING — anunciaram mais de 70 mil demissões em um só dia. Outros fizeram dispensas em massa também, como Starbucks, Kodak, Ford, General Motors e Toshiba.

Há economistas que acreditam que a primeira metade da década de 2000 será relembrada como a época em que as inovações financeiras superaram a capacidade de avaliação de riscos tanto dos bancos como das agências reguladoras de crédito. A opinião de George Soros é crítica: uma chocante abdicação de responsabilidades das agências reguladoras.

A situação pôs em debate um tema político e um jurídico. O político, as dimensões da liberdade do sistema financeiro no neoliberalismo, uma vez que os Estados liberais tiveram de intervir na economia injetando volumes imensos de recursos na tentativa de salvar o sistema bancário e industrial, e o tema jurídico, o direito do trabalho e o princípio protetor dada a sua incapacidade de evitar a onda de despedimentos que se alastrou por todo o mundo.

§ 3º O Brasil e o direito do trabalho clássico

Sumário: 1. As greves e o anarquismo. 2. Positivismo e liberalismo. 3. A doutrina. 4. Primeiras leis: sindicalismo, proteção aos menores e locação de serviços. 5. A política trabalhista e os decretos por profissões. 6. As bases do direito coletivo. 7. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). 8. Os efeitos da política econômica de 1964.

1. As greves e o anarquismo

Abolida a escravidão e proclamada a República, iniciou-se o período liberal do direito do trabalho, caracterizado por algumas iniciativas que, embora sem maior realce, contribuíram para o ulterior desenvolvimento da nossa legislação.

A capital federal tinha uma população de 522.000 habitantes em 1890 e São Paulo, 65.000, cifra que, em 1900, atingiu 240.000. Em 1907 concentravam-se no Rio de Janeiro 30% das indústrias nacionais, e em São Paulo, 16%. Não era pequeno o número de oficinas e manufaturas de calçados, vestuário, móveis, tintas, fundições etc., geralmente mal instaladas em galpões ou fundos de armazéns e locais não alcançados por qualquer tipo de fiscalização.

Notava-se a influência da imigração, principalmente italiana. No Estado de São Paulo, em 1901, dos 50.000 operários, os brasileiros eram menos de 10%. Na capital paulista, entre 7.962 operários, 4.999 eram imigrantes, sendo a maioria absoluta de italianos. Pelo recen-

seamento de 1906 do Rio de Janeiro, numa população de 811.443 habitantes, 118.770 eram operários e a maioria estrangeira, principalmente portuguesa e espanhola. No Relatório do Departamento Estadual do Trabalho de São Paulo, de 1912, consta que nas 31 fábricas de tecidos da capital trabalhavam 10.204 operários, dos quais 1.843 brasileiros (18%), 6.044 italianos (59%), 824 portugueses (8%) e 3% espanhóis[1].

Formavam-se, assim, as condições para que o trabalho subordinado viesse a ser regido por leis de proteção, mas, não obstante, o Poder Público, fiel ao princípio liberalista que o inspirava, mantinha-se alheio a qualquer reivindicação. Estas existiram. Atestam-no dois fatos: o elevado número de greves e o movimento político.

Nos primeiros anos da República as greves eram esporádicas: uma em São Paulo em 1890, duas em 1891, quatro em 1893 e até 1896 uma a cada ano. Também raras foram as greves em outros Estados, visando, na maioria das vezes, a melhores salários e redução da jornada diária de trabalho. Porém, no começo do século acentuaram-se.

Em 1900, no Rio de Janeiro, durante três dias, os cocheiros dos bondes (puxados por animais) protestaram contra o novo regulamento, considerado vexatório, e os bondes foram paralisados e tombados, intervindo a Força Pública e o Ministro da Justiça. Os ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil da Bahia, em Cachoeira, fizeram greve, pretendendo redução das horas de trabalho, aumento de salário e passagem franca na ponte D. Pedro II.

Em Santos os carroceiros paralisaram a cidade e o comércio fechou. Em 1901 os ferroviários da Estrada de Ferro Sorocabana de São Paulo fizeram greve porque houve atraso no pagamento do salário. Também os ferroviários da Estrada de Ferro Paulista, em Rio Claro, abandonaram os armazéns por dois dias, pedindo aumento de salário. No Rio de Janeiro, de 8 a 12 de novembro, numa fábrica de tecidos de Vila Isabel, protestando contra maus-tratos e imposições do diretor-gerente, os operários pararam de trabalhar.

---

1. Leôncio Rodrigues, *Conflito industrial e sindicalismo no Brasil*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1966, p. 108-10.

No Rio de Janeiro, em 1903, 800 homens das oficinas do Lloyd Brasileiro ficaram oito dias em greve, manifestando-se contra a nomeação de um diretor. No Recife houve paralisação de trens. No Rio de Janeiro, de 16 a 25 de agosto, houve uma greve pela redução da jornada diária e aumento de salário. Em setembro, operários de uma companhia de gás ficaram nove dias sem trabalhar até a dispensa do capataz. Em novembro, sapateiros e refinadores de açúcar do Rio de Janeiro entraram em greve. Seguiram-se, nos anos subsequentes, inúmeras outras paralisações: em 1904 no Ceará e no Rio; em 1905 em Santos, Rio e Recife; em 1906 em São Paulo, 3.000 operários de Jundiaí, Campinas e Rio Claro, empregados de ferrovia, e no Rio de Janeiro, empregados sapateiros, e assim sucessivamente[2].

Foi em 12 de junho de 1917, no entanto, que greve de enorme repercussão eclodiu em São Paulo. Iniciou-se no Cotonifício Rodolfo Crespi, no bairro da Mooca, quando os operários protestaram contra os salários e pararam o serviço. A fábrica fechou por tempo indeterminado. Os trabalhadores pretendiam 20% de aumento e tentaram acordo com a empresa, não o conseguindo.

Diante disso, no dia 29 fizeram comício no centro da cidade. Aos 2.000 grevistas juntaram-se, em solidariedade, 1.000 trabalhadores das fábricas Jafet, que também passaram a reivindicar 20% de aumento de salário; em 11 de julho, o número de grevistas de várias empresas era de 15.000; no dia 12, de 20.000; os bondes, a luz, o comércio e as indústrias de São Paulo ficaram paralisados.

O movimento estendeu-se às empresas do interior, e ao todo treze cidades foram atingidas. Os jornalistas resolveram intermediar. No dia 15 de julho um acordo foi aceito para aumento de 20% dos salários, com a garantia de que nenhum empregado seria despedido em razão da greve, e o governo pôs em liberdade os operários presos, com a condição de que todos voltassem ao serviço, reconhecendo o direito de reunião quando exercido dentro da lei e respeitando a ordem pública, além de se comprometer a providenciar o cumprimento de disposições legais sobre trabalho de menores nas fábricas, de carestia de vida e de proteção do trabalhador[3].

---

2. Edgard Carone, *A República Velha*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 215-36.

3. Edgard Carone, *A República*, cit., p. 227.

A ação dos anarquistas foi intensa, com reflexos no âmbito trabalhista, especialmente sobre o movimento sindical. No I Congresso Operário de 1906 predominou o pensamento anarquista, que preconizava a resistência ao patronato, a oposição à beneficência, ao mutualismo ou ao cooperativismo, tidos como contrários aos interesses do operariado.

Até 1920 os trabalhadores, em grande parte, eram influenciados pelos anarquistas, cuja preponderância é devida à origem dos imigrantes: Itália, Espanha, Portugal etc.[4]. Os utópicos postulados anarquistas foram expostos no jornal *A Plebe*, publicado em São Paulo durante algum tempo: "uma sociedade *sem governos, sem leis*, constituída por federações de trabalhadores que produzam segundo suas capacidades e consumam segundo suas necessidades; uma sociedade onde toda a terra e suas riquezas sejam de todos os trabalhadores; uma sociedade sem opressão da massa trabalhadora por uma minoria de ricaços egoístas; uma sociedade *sem dinheiro*, instrumento dos agiotas; uma sociedade sem polícias, sem prisões, sem misérias, sem ditaduras; uma sociedade onde o indivíduo desenvolva *livremente* sua personalidade no trabalho, na ciência, nas artes".

O anarquismo pereceu deixando o impacto de algumas ideias novas a influir na fundação de inúmeras organizações de classe com os mais diferentes nomes, como Associações, Alianças, Centros, Ligas, Sociedades, Uniões, inclusive em língua italiana: *Liga dei Tessitori, Liga di Resistenza fra Laboranti in Veicoli* e *Società Operaia Humberto Primo*. Porém, a continuidade não caracterizava essas entidades, não só pela irregularidade no processo do crescimento industrial brasileiro, como também pelas resistências que se opuseram às modificações reivindicadas pelos trabalhadores na legislação.

2. Positivismo e liberalismo

Houve reflexos do positivismo em nosso direito do trabalho. Júlio de Castilhos levou para o Rio Grande do Sul, onde se tornaria líder político, o pensamento comtiano, favorável à incorporação do proleta-

4. Edgard Carone, *A República*, cit., p. 211.

riado na sociedade, influindo nas diretrizes que foram seguidas na Constituição do Rio Grande do Sul, de 14 de julho de 1891, no dizer de Ivan Lins[5], "a primeira no Novo Mundo a inserir normas em defesa do trabalhador", precedendo a Constituição do México.

Como se sabe, Comte, desde os seus primeiros escritos, insurgiu-se contra o *laisser faire, laisser passer* da economia liberal e se apresentou francamente favorável à ação intervencionista do Estado na ordem econômica. Seu seguidor, Castilhos, mais tarde, viria, por sua vez, desde a juventude de Getúlio Vargas, a pesar nas ações deste. A Constituição castilhista não é ampla e se resume, quanto ao problema trabalhista, a estender as normas aplicáveis aos servidores públicos às relações não estatutárias.

Entre os discursos republicanos é exemplo o de Cândido José da Costa, de 14 de dezembro de 1899, transcrito por Ivan Lins[6], com sinais de preocupação pelas consequências, que se avolumavam, da questão social: "Quanto à incorporação do proletariado, devo dizer-vos que considero esta uma questão capital para a República. A República é o regime do bem público: o bem público é preparado pela própria sociedade, cuja principal parte é formada pela massa enorme dos proletários, que concorrem como principal elemento de produção para a formação da riqueza pública".

A filosofia liberalista, no entanto, inspirava os principais atos.

Um deles é significativo: o veto do Vice-Presidente Manuel Vitorino Pereira (no exercício da Presidência) ao projeto do Senador Moraes e Barros, que regulava a locação agrícola, e cujas razões foram as seguintes: "Segundo o princípio da igualdade perante a lei (art. 72, § 2º, da Constituição), a locação de serviço agrícola deve ser regulada pelos princípios de direito comum e não por um regime processual e penal de exceção. Nas sociedades civilizadas a atividade humana se exerce em quase todas as suas formas sob o regime de contrato.

Intervir o Estado na formação dos contratos é restringir a liberdade dos contratantes, é ferir a liberdade e a atividade individual nas suas

5. *História do positivismo no Brasil*, São Paulo, Nacional, 1964, p. 185.

6. *História*, cit., p. 329.

mais elevadas e constantes manifestações, é limitar o livre exercício de todas as profissões, garantidas em toda a sua plenitude pelo art. 72, § 2º, da Constituição. O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo os seus efeitos"[7].

Assim, o período liberal, mesmo diante dos acontecimentos políticos e sociais, não foi propício para a evolução jurídica na ordem trabalhista, diante do pensamento que presidia nossas principais ações. Qualquer medida legislativa de regulamentação do trabalho humano podia ser interpretada como séria restrição da autonomia da vontade e incompatível com os princípios considerados válidos para a plena emancipação nacional.

A Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 não está voltada para a questão social, e as suas linhas fundamentais omitiram-se do problema trabalhista, que ainda não conseguia sensibilizar, na dimensão necessária, determinado núcleo do pensamento político.

As leis trabalhistas surgiam na Europa. Não obstante, os seus reflexos no Brasil eram tímidos, sentidos apenas por alguns pensadores, mas não a ponto de provocar a atuação do governo. Basta mostrar que na competência legislativa do Congresso não foi incluída a atribuição de legislar sobre trabalho, lacuna preenchida mais tarde pela Emenda Constitucional de 7 de setembro de 1926, cujo art. 54, n. 28, declarou: "Compete privativamente ao Congresso Nacional... legislar sobre o trabalho".

Pode-se, entretanto, interpretar a Constituição como favorável à liberdade de associação e à liberdade profissional, uma vez que dispõe no art. 72, § 8º, que "a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas" e no art. 72, § 24, que "é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".

No período liberal surgiram isoladas mas frequentes iniciativas parlamentares destinadas a obter tratamento jurídico para as relações de trabalho, como atestam os diversos projetos de lei que foram apresentados.

---

7. *Documentos parlamentares*, Legislação Social, v. 2, p. 183.

Registrem-se entre os principais projetos legislativos os seguintes: 1) de Leovigildo Filgueiras (1893), propondo, no Brasil, o *homestead* americano pelo qual a casa do trabalhador rural ficaria excluída da penhora; 2) de Costa Machado (1893), sobre contrato de trabalho, cópia da legislação monarquista e que não passou pela comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados; 3) de Moraes e Barros (1895) sobre contrato de trabalho agrícola, com ligeiras modificações feitas à Lei n. 2.827, de 15 de março de 1879; 4) de Chagas Lobato (1895), também sobre *homestead*; 5) de Moraes e Barros (1899), sobre prestação de serviços agrícolas; 6) de Lacerda Franco (1900), sobre crédito rural e agrícola e sociedades cooperativas; 7) de Bernardino de Campos (1901), instituindo privilégio para o pagamento de dívidas, do qual resultou o Decreto n. 1.150 sobre salários do trabalhador rural; 8) de Francisco Malta (1903), sobre *homestead*; 9) de Medeiros e Albuquerque (1904), sobre acidentes do trabalho; 10) de Gracho Cardoso e Wenceslau Escobar (1908), também sobre a mesma matéria; 11) de Nicanor do Nascimento (1911), sobre horário mínimo de trabalho e funcionamento dos estabelecimentos comerciais, em que previa casos de acidentes de trabalho; 12) de Figueiredo Rocha e Rogério de Miranda (1912), sobre trabalho operário em geral, com a limitação da jornada diária de trabalho em 8 horas e pagamento de diárias de dois terços para o operário que ficasse inutilizado no trabalho; 13) de Adolpho Gordo (1915), sobre acidentes do trabalho; 14) de Maurício de Lacerda (1917), propondo a criação do Departamento Nacional do Trabalho, a limitação da jornada diária de trabalho a 8 horas, a criação de conciliação e arbitragem obrigatórias, regulando o trabalho das mulheres, criando creches, fixando a idade mínima de 14 anos para a admissão de menores empregados, fixando normas sobre o contrato de aprendizagem, além de outras propostas.

3. A doutrina

Há um traço fundamental que caracteriza a doutrina jurídica da época, o seu cunho marcadamente *reivindicatório*. As ideias ventiladas revelam a preocupação dos pensadores pela questão social e o desejo de ver, em nosso país, legislação adequada, a exemplo de outros povos. Nota-se, também, a forte influência que foi exercida pelo crescente movimento legislativo europeu sobre nossos doutrinadores, dos quais destacaremos aqueles que deixaram as mais definidas contribuições.

Antônio Evaristo de Moraes, que se assinava Evaristo de Moraes, passou a sua existência de 67 anos no Rio de Janeiro, cidade onde nasceu na Rua Larga de São Joaquim, em 26 de outubro de 1871, dia de São Evaristo, daí o seu nome. Estudou dos 12 aos 15 anos no Colégio São Bento, dos frades beneditinos. De 1887 a 1889, no mesmo colégio, auxiliou a cadeira de Português, Geografia e História. Foi

jornalista da *Gazeta Nacional* e outros jornais. Em 1894, com 23 anos, estreou no Júri; a partir de 1894 integrou o Partido Operário de orientação sindicalista e até 1916 foi rábula, quando se bacharelou em Direito pela Faculdade de Direito Teixeira de Freitas, de Niterói, sendo orador da sua turma. Participou da campanha política de Rui Barbosa, orientando-o para a conferência do Teatro Lírico, na qual o ilustre brasileiro pronunciou-se sobre a questão social. Foi consultor jurídico do Ministério do Trabalho, em 1930, com Lindolfo Collor, até 1932. Escreveu sobre direito penal, trabalhista, psicologia criminal, sociologia etc.

Reunindo artigos publicados pela imprensa e que tiveram a maior ressonância, escreveu *Apontamentos de direito operário*, em 1905, obra pioneira no Brasil. O livro tem 150 páginas e 9 capítulos, em estilo leve, informativo e crítico. O tema é fruto das observações do autor quando o problema trabalhista era mais intensamente sentido nas indústrias e os operários urbanos pediam medidas estatais de proteção. Denunciou a utilização abusiva de menores; mostrou, com base em estudos de medicina do trabalho, os inconvenientes da fadiga, quer para os trabalhadores, quer para os interesses da produção; condenou a insuficiência e a inadequação do Código Civil para solucionar o problema social; soube sentir, enfim, como ninguém, a realidade da sua época e os desequilíbrios existentes.

Preconizou a intervenção do Estado na ordem econômica e social e o direito operário, estruturado sobre as seguintes principais bases: 1) a fixação da jornada diária máxima de trabalho; 2) a animação dos sindicatos profissionais concebidos como órgãos de colaboração do Poder Público na colossal obra de harmonização das forças em luta; 3) as convenções coletivas de trabalho como instrumentos de contratação coletiva, em substituição à contratação individual; 4) os Tribunais Trabalhistas, integrados por patrões e operários, para evitar a explosão de greves e resolver as controvérsias oriundas dos conflitos trabalhistas; 5) o cooperativismo, em especial de consumo, como meio de emancipação econômica do hipossuficiente, baseado no princípio da solidariedade e da harmonia de interesses; 6) a reparação dos acidentes de trabalho sob o princípio da responsabilidade objetiva ou sem culpa e não mais da responsabilidade subjetiva.

Igualmente valiosa é a contribuição de Sampaio Dória, com o livro *A questão social*, 1922, a de Carvalho Netto, com *Legislação do trabalho*, 1926, e a de Francisco Alexandre, com *Estudos de legislação social*, 1930.

4. Primeiras leis: sindicalismo, proteção aos menores e locação de serviços

Em 1870 havia ligas operárias.

As duas primeiras normas jurídicas sobre sindicatos são o Decreto n. 979, de 1903, e o Decreto Legislativo n. 1.637, de 1907, o primeiro sobre sindicatos rurais e o segundo sobre sindicatos urbanos, este último dispondo no art. 8º que "os sindicatos que se constituírem com o espírito de harmonia entre patrões e operários, como os ligados por conselhos permanentes de conciliação e arbitragem, destinados a dirimir as divergências e contestações entre o capital e o trabalho, serão considerados como representantes legais da classe integral dos homens do trabalho e, como tais, poderão ser consultados em todos os assuntos da profissão". Foi um incentivo, assim, à solução pacífica dos conflitos trabalhistas sob a influência da experiência contemporânea de outros países, especialmente da Nova Zelândia, que, desde 1894, tinha uma lei de arbitragem das questões trabalhistas.

Em 1891 dispensou-se proteção aos menores nas fábricas da capital federal. O Decreto n. 1.313, de 1891, instituiu fiscalização permanente dos estabelecimentos fabris onde trabalhasse um número *avultado* de menores. Foi proibido o trabalho noturno de menores de 15 anos e limitada a 7 horas, prorrogáveis até 9, a duração da jornada diária dos menores, além de vedado o trabalho de menores de 12 anos. Essa lei é considerada por Evaristo de Moraes "de cunho verdadeiramente social".

Eis um dos seus textos:

"Os menores de 12 a 14 anos só poderão trabalhar, no máximo, 7 horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de 4 horas o trabalho contínuo; e os de sexo masculino de 14 a 15 anos até 9 horas por dia, nas mesmas condições. Os menores aprendizes — que nas fábricas de tecidos podem ser admitidos desde 8 anos — só poderão trabalhar 3 horas. Se tiverem mais de 10 até 12 anos poderão trabalhar 4 horas, havendo um descanso de meia hora para os primeiros e de uma

hora para os segundos. É proibido empregar menores no serviço de limpeza de máquinas em movimento; bem como dar-lhes ocupação junto a rodas, volantes, engrenagens e correias em ação, pondo em risco sua vida. Não é admissível o trabalho dos menores em depósitos de carvão, fábricas de ácidos, algodão-pólvora, nitroglicerina, fulminatos; nem empregá-los em manipulações diretas de fumo, chumbo, fósforos etc.".

Quanto a salários, o Decreto n. 1.150, de 1904, que instituiu a caderneta agrícola, conferiu privilégios para o pagamento de dívida proveniente de salário dos trabalhadores rurais.

O advento do Código Civil, aprovado pela Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, com as correções ordenadas pela Lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, iniciou a *fase civilista* do período liberal com os dispositivos legais sobre *locação de serviços*, antecedente histórico do contrato de trabalho da legislação posterior e especializada.

O Código Civil, sustentando-se ainda nas ideias da época, não atendia às exigências principais da evolução social, mas alguns institutos entre os contidos nas normas sobre locação de serviços serviram de base para a ulterior elaboração do direito do trabalho. Citem-se os seguintes: a) o arbitramento para as controvérsias sobre o valor da retribuição devida, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e a sua qualidade (art. 1.218); b) a fixação de um prazo máximo — 4 anos — para os contratos de duração determinada (art. 1.220); c) o aviso prévio de 8 dias para mensalistas, de 4 dias para semanalistas e quinzenalistas, e de véspera "quando se tenha contrato por menos de sete dias" (art. 1.221); d) a enumeração de alguns tipos de justa causa para rescisão do contrato (art. 1.226); e) alguns critérios de reparação decorrentes da rescisão sem justa causa (arts. 1.225 a 1.231).

Duas normas significativas surgem em 1923, a Lei n. 4.682, de 29 de janeiro, denominada *Lei Elói Chaves*, que cria a caixa de aposentadoria e pensões para ferroviários, bem como estabilidade para os mesmos trabalhadores ao completarem 10 anos de emprego, salvo falta grave ou força maior, sendo a rescisão contratual, nos casos permitidos, precedida de inquérito, para apuração da falta, submetido ao engenheiro de fiscalização das ferrovias; e o Decreto n. 16.027, de 30 de abril, que cria o Conselho Nacional do Trabalho, "órgão consultivo dos poderes públicos em assuntos referentes à organização do trabalho e da

previdência social" (art. 1º), composto de doze membros escolhidos pelo Presidente da República, sendo dois entre operários, dois entre patrões, dois entre altos funcionários do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio e seis entre pessoas de reconhecida competência.

Sobre férias, a Lei n. 4.982, de 25 de dezembro de 1925, dispõe o seguinte: "Aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários e de instituições de caridade e beneficência do Distrito Federal e dos Estados, serão anualmente concedidos 15 dias de férias, sem prejuízo dos respectivos ordenados, diárias, vencimentos e gratificações".

Mais tarde, o Decreto n. 17.934-A, de 21 de outubro de 1927, o Código de Menores, de propósitos mais amplos além dos propriamente trabalhistas, introduziu medidas de assistência e proteção aos menores de 18 anos. No capítulo IX dispõe sobre o trabalho do menor para: a) proibir, em todo o território da República, o trabalho dos menores de 12 anos; b) vedar o trabalho de menores de 14 anos que não tiverem completado instrução primária; c) proibir o trabalho de menores de 14 anos em algumas atividades, especialmente aquelas perigosas à saúde, à vida, à moralidade, excessivamente fatigantes ou que excederem suas forças; d) exigência de certificado de aptidão física para a admissão de menores; e) limitação de 6 horas ao trabalho dos menores aprendizes em certos estabelecimentos; f) proibição do trabalho noturno; g) restrições ao trabalho do menor em espetáculos artísticos; h) obrigatoriedade da fixação de quadro de trabalho dos menores; i) obrigatoriedade da remessa periódica da relação de menores empregados; j) carteira de trabalho de menores.

5. A política trabalhista e os decretos por profissões

A partir de 1930 deu-se a expansão do direito do trabalho em nosso país, como resultado de vários fatores, entre os quais o prosseguimento das conquistas que já foram assinaladas, porém com um novo impulso quer no campo político, quer no legislativo.

Passaram a ter, com a política trabalhista de Getúlio Vargas, maior aceitação as ideias da intervenção nas relações de trabalho, com o

Estado desempenhando papel central, grandemente influenciado pelo modelo corporativista italiano.

Sem discutir aqui se os fins visados por Vargas eram de dominação ou de elevação das classes trabalhadoras, o certo é que nesse período foi reestruturada a ordem jurídica trabalhista em nosso país, adquirindo fisionomia que em parte até hoje se mantém.

Em 1930 foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Dec. n. 19.433) e é dispensável ressaltar a sua função.

Foi valorizada a nacionalização do trabalho com medidas de proteção ao trabalhador nacional, entre as quais a lei que ficou conhecida como *Lei dos Dois Terços* (Decs. n. 19.482, de 1930, e 19.740, de 1931).

Instituiu-se a Carteira Profissional (Dec. n. 21.175, de 1932), disciplinou-se a duração da jornada de trabalho no comércio (Dec. n. 21.186, de 1932) e na indústria (Dec. n. 21.364, de 1932), nas farmácias (Dec. n. 23.084, de 1933), nas casas de diversões (Dec. n. 23.152, de 1933), nas casas de penhores (Dec. n. 23.316, de 1933), nos bancos e casas bancárias (Dec. n. 23.322, de 1933), nos transportes terrestres (Dec. n. 23.766, de 1934), nos hotéis (Dec. n. 24.696, de 1934) etc. Observou-se sempre a mesma técnica legislativa, ou seja, essas normas jurídicas foram decretos do Poder Executivo.

O trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais mereceu texto especial (Dec. n. 21.417-A, de 1932), o mesmo ocorrendo com o dos menores (Dec. n. 22.042, de 1932) e os serviços de estiva (Dec. n. 20.521, de 1931).

6. As bases do direito coletivo

A ação dos trabalhadores e os movimentos sociais já descritos levaram o Estado a tomar posição, facilitada pelas novas ideias inspiradas nos ideais que se difundiam nos outros países, voltados para a melhoria das condições dos trabalhadores e para a realização da justiça social.

O sindicalismo de 1931 (Dec. n. 19.770) e de 1934 (Dec. n. 24.694) e a instituição legal do direito de convenções coletivas de trabalho (Dec. n. 21.761, de 23-8-1932) situam-se na linha de um

conjunto de normas características de um direito coletivo relativamente autônomo.

Os sindicatos foram considerados não só órgãos de defesa dos interesses da profissão e dos direitos dos seus associados, mas também entidades de coordenação dos direitos e deveres recíprocos de trabalhadores e empregadores, bem como órgãos de colaboração do Estado (Dec. n. 24.694, de 1934, art. 1º), proibida a sindicalização de funcionários públicos (art. 4º), sujeita a constituição de sindicatos ao reconhecimento do Estado (art. 8º), com indicações sobre a padronização dos respectivos estatutos (art. 8º), dependentes de aprovação estatal. A estrutura básica foi a piramidal: de sindicatos, federações e confederações. Já era prevista a "pena de fechamento do sindicato" (art. 34), por prazo nunca superior a 6 (seis) meses.

A Constituição de 1934 previu o sistema da pluralidade sindical, mas há críticas quanto ao seu artificialismo e à criação de "sindicatos de carimbo", existentes só no papel.

A organização sindical brasileira, a partir de 1937, com a Carta Constitucional outorgada ao País, moldou-se no corporativismo italiano, mas não chegou a ser uma reprodução integral. Ficamos a meio caminho, com uma estrutura construída para que futuramente o sistema se tornasse idêntico ao do direito peninsular.

Como observam os historiadores, o art. 138 da norma constitucional é a transcrição da cláusula III da *Carta del Lavoro*: "A associação profissional ou sindical é livre. Porém, apenas o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representar legalmente os que participarem da categoria de produção para que foi constituído, de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, de estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, de impor-lhes contribuições e de exercer, em relação a eles, funções delegadas de poder público".

Segundo as ideias que inspiraram o corporativismo italiano, os sindicatos deviam permanecer sob o controle do Estado; exerciam, como a lei declara, funções originariamente da competência do Estado, por este transferidas às organizações sindicais que, assim, deviam ser entendidas como uma parcela do próprio Estado e não como entidades de direito privado com autonomia para a própria organização e desenvolvimento das suas atividades.

Os sindicatos eram órgãos bilaterais, isto é, de um lado o sindicato de empregados, de outro o de empregadores; porém, no modelo italiano do fascismo encontravam-se, unificando-se num órgão de síntese e integração acima deles, as corporações, que eram células do Estado concentrando as forças produtivas da Nação, com poderes de expedir instruções, exercer fiscalização sobre preços e trabalho etc. Pensou-se, com esse esquema, em eliminar qualquer possibilidade de luta de classes, reunindo empregados, empregadores e profissionais autônomos numa só entidade suprassindical, com o que o Estado exerceu o controle sobre o movimento trabalhista. Há uma frase que expressa o pensamento do corporativismo italiano: tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado.

A Lei constitucional brasileira de 1937, sofrendo a influência desses princípios, instituiu o Conselho da Economia Nacional (art. 57), composto de representantes dos vários ramos da produção nacional, designados, entre pessoas qualificadas pela sua competência especial, pelas associações profissionais ou sindicais reconhecidas em lei, garantida a igualdade de representação entre empregadores e empregados.

Para atualizar a lei sindical de 1934, foi regulamentada a Carta de 1937, expedindo o Governo o Decreto-lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939.

O nosso sistema legal, assim, baseou-se em institutos que caracterizaram a forma autoritária de organização sindical, entre os quais a necessidade de reconhecimento do sindicato pelo Estado, a natureza pública das funções sindicais, o prévio enquadramento sindical elaborado pelo Estado, o princípio do sindicato único, a contribuição sindical, a intervenção do Estado e o poder punitivo sobre os sindicatos, alguns compatíveis com a realidade social e econômica, outros exigindo reavaliação.

A Lei Magna de 1937 proibiu a solução dos conflitos coletivos de trabalho mediante pressões diretas dos interessados, declarando a "greve e o *lockout* recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção", como não poderia deixar de ser num regime em que o Estado criou as corporações com o propósito de impedir o exercício do direito de greve, no pressuposto de que conseguiria resolver o problema social e redistribuir melhor a riqueza, objetivo que se mostrou não atingido.

No art. 139 instituiu a Justiça do Trabalho "para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados reguladas na legislação social", apesar de a Constituição de 1934 já a ter previsto. A Justiça do Trabalho resulta de uma evolução que é iniciada com os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, criados em 1907 para decidir as controvérsias entre o trabalho e o capital, na prática sem qualquer ressonância.

Seguiram-se as Comissões Mistas de Conciliação, de 1932, e até 1937 foram instaladas 38 comissões. Destinavam-se a tentar a composição entre os trabalhadores e os empregadores quanto aos conflitos coletivos. Para os conflitos individuais o Governo criou as Juntas de Conciliação e Julgamento, em maior número, existindo, na mesma ocasião, 75 Juntas.

A estrutura acima descrita recebeu críticas dos doutrinadores da época, e as comissões e as Juntas foram consideradas organismos fracos porque não estavam revestidos de poderes mais amplos para impor soluções, já que suas tarefas resumiam-se à tentativa de conciliação. Somente em 1º de maio de 1939, com o Decreto-lei n. 1.237, foi, finalmente, constituída a Justiça do Trabalho. Foi instalada, oficialmente, em 1º de abril de 1941 tendo como órgãos as Juntas, os Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho, estes últimos alterados, em 1946, para Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, passando de órgãos não judiciais a órgãos integrantes do Poder Judiciário.

7. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

As leis trabalhistas cresceram de forma desordenada; eram esparsas, de modo que cada profissão tinha uma norma específica, critério que, além de prejudicar muitas outras profissões que ficaram fora da proteção legal, pecava pela falta de sistema e pelos inconvenientes naturais dessa fragmentação.

O primeiro diploma geral foi a Lei n. 62, de 1935, aplicável a industriários e comerciários e que assegurou diversos direitos: a) indenização de dispensa sem justa causa (art. 1º); b) garantia da contagem do tempo de serviço na sucessão de empresas (art. 3º) ou na alteração

da sua estrutura jurídica; c) privilégio dos créditos trabalhistas na falência (art. 4º); d) enumeração das figuras de justa causa (art. 5º); e) efeitos da força maior nos créditos trabalhistas (art. 5º, §§ 1º e 2º); f) transferência para o Governo da responsabilidade de indenizar quando der causa à cessação da atividade (art. 5º, § 3º); g) aviso prévio (art. 6º); h) rescisão antecipada de contratos a prazo (art. 7º); i) suspensão do contrato (art. 9º); j) estabilidade decenal (art. 10); k) redução do salário (art. 11); l) nulidade das estipulações contratuais contrárias às normas legais (art. 14); m) exclusão dos aprendizes da proteção legal (art. 15); n) responsabilidade solidária do sindicato ou associação que der causa ao inadimplemento das obrigações contratuais, pelas respectivas indenizações (art. 16); o) prescrição de um ano para reclamar indenização.

A Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, instituiu o salário mínimo, sendo publicada a primeira tabela em 1940.

O Governo resolveu, então, reunir os textos legais num só diploma, porém foi mais além de uma simples compilação porque, embora denominada Consolidação, a publicação acrescentou inovações, aproximando-se de um verdadeiro Código. Não obstante, a matéria de previdência social e de acidentes do trabalho permaneceu separada em outras leis.

Foram reunidas as leis sobre o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho. Surgiu, portanto, promulgada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, unindo em onze títulos essa matéria, resultado do trabalho de uma comissão presidida pelo Min. Alexandre Marcondes Filho, que, depois de quase um ano de estudos, remeteu as suas conclusões ao Presidente da República em 19 de abril de 1943, com sugestões de juristas, magistrados, entidades públicas, empresas privadas, associações culturais etc.

O relatório da comissão ressalta que "a Consolidação representa, portanto, em sua substância normativa e em seu título, neste ano de 1943, não um ponto de partida, nem uma adesão recente a uma doutrina, mas a maturidade de uma ordem social há mais de decênio instituída, que já se consagrou pelos benefícios distribuídos, como também pelo julgamento da opinião pública consciente, e sob cujo

espírito de equidade confraternizaram as classes na vida econômica, instaurando nesse ambiente, antes instável e incerto, os mesmos sentimentos de humanismo cristão que encheram de generosidade e de nobreza os anais da nossa vida pública e social".

Não seria, no entanto, a CLT o instrumento de cristalização dos direitos trabalhistas que se esperava. A mutabilidade e a dinâmica da ordem trabalhista exigiam constantes modificações legais, como fica certo pelo número de decretos, decretos-leis e leis que depois foram elaborados, alterando-a. Além desses fatores, operou-se uma substancial alteração na filosofia que presidiu a evolução das normas constitucionais, com a Constituição Federal de 1946, de cunho social-democrático, com medidas de natureza neoliberalista, porém respeitando a liberdade em dimensão maior, confrontada com o pensamento corporativista que pesou na edificação dos principais pontos da CLT.

Ficou patente o contraste entre duas ordens que deveriam ser harmônicas, a constitucional e a ordinária, aquela mais sensível aos princípios da autonomia privada coletiva, esta ainda adstrita às ideias que a presidiram na fase de construção do inacabado arcabouço corporativista.

Sucederam-se inúmeras leis: Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949, dispondo sobre repouso semanal remunerado e feriados; Decreto n. 31.546, de 6 de outubro de 1952, aplicável a menores aprendizes; Lei n. 2.573, de 15 de agosto de 1955, sobre adicional de periculosidade; Lei n. 2.959, de 17 de novembro de 1956, sobre contrato por obra certa; Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957, disciplinando as relações de emprego do vendedor viajante e pracista; Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970, sobre homologação do recibo de quitação nas rescisões contratuais do empregado com mais de um ano de serviço no mesmo emprego; Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962, sobre o 13º salário; Lei n. 4.266, de 3 de outubro de 1963, dispondo sobre salário-família; Lei n. 4.214, de 2 de março de 1963, sobre trabalho rural etc.

Em 1955 foi instituída uma comissão de revisão da CLT, sem resultados. Em 1961, mediante a Portaria n. 482-B do Ministro da Justiça, foram designados os juristas Evaristo de Moraes Filho e Mozart Victor Russomano para a elaboração de anteprojetos do Código do Trabalho e do Código de Processo do Trabalho, respectivamente, tam-

bém sem sucesso, apesar de concluídos os estudos e remetidas as propostas ao Poder Executivo pelos elaboradores.

8. Os efeitos da política econômica de 1964

Iniciada em 1964 a reformulação da política econômica, os reflexos da nova ordem fizeram-se sentir imediatamente sobre as leis trabalhistas, que passaram a ter um caráter econômico, subordinadas às metas prioritárias que se estendem desde essa época até os nossos dias, entre as quais o combate à inflação.

Surgiram várias leis que em conjunto consubstanciam a denominada *política salarial do Governo*. Subordinam os aumentos salariais antes ajustados em negociações coletivas ou arbitrados pela Justiça do Trabalho a fatores de reajustamento, padronizados segundo o modelo oficial, meio pelo qual se vem procurando o equilíbrio econômico ao longo desses 15 anos, prevendo a Lei n. 6.708, de 1979, negociações para acréscimo decorrente da produtividade e índice de correção (INPC).

Instituiu-se, também, pela Lei n. 5.107, de 1966, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), destinado a promover o desenvolvimento de recursos captados para aplicação no sistema habitacional e que repercutiu sobre a indenização e a estabilidade no emprego. Com a Lei Complementar n. 7, de 1970, foi criado o Programa de Integração Social, cujo fim é a regulamentação da participação do trabalhador no desenvolvimento global das empresas, sem que possa definir-se como um sistema de participação nos lucros. Com a Lei n. 4.330, de 1964, objetivou-se disciplinar o direito de greve garantido pela Constituição Federal, estabelecidas restrições quer quanto à forma, quer quanto ao fim do exercício do direito que, em 1946, foi regido pelo Decreto-lei n. 9.797.

Nova tentativa de revisão da CLT surgiu em 1975 com a iniciativa governamental de compor comissão presidida pelo Min. Arnaldo Süssekind, denominada Comissão Interministerial de Atualização da CLT, que concluiu os seus estudos entregando-os em 29 de setembro de 1976 aos Ministros da Justiça e do Trabalho, sob a forma de Anteprojeto da nova CLT, originariamente com 920 artigos, seguidos de anexos que reúnem as normas profissionais especiais.

Em relatório, a comissão expõe os seus objetivos: "*a*) ordenar, num texto único, de forma sistematizada, todas as leis e diversos decretos normativos referentes às matérias que devem compor a nova CLT; *b*) clarificar normas e solucionar dúvidas surgidas na aplicação das disposições legais vigentes; *c*) aprimorar conceitos, tendo em vista a doutrina contemporânea prevalente, compatível com o sistema jurídico consubstanciado na Constituição brasileira; *d*) introduzir disposições inseridas em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil; *e*) aperfeiçoar regimes e instituições jurídico-trabalhistas, alterando para esse fim, em caráter excepcional, disposições legais em vigor".

A Lei n. 6.514, de 1977, modificou o Cap. V do Tít. II da CLT sobre Segurança e Medicina do Trabalho, acompanhada de ampla regulamentação, e o Decreto-lei n. 1.535, de 1977, alterou o regime de férias.

§ 4º O Brasil e o direito do trabalho recente

Sumário: 1. A Constituição Federal de 1988. 2. A modernização do modelo brasileiro. 3. As novas leis. 4. O Governo Lula. 5. A dimensão garantística da legislação. 6. O abrandamento do garantismo. 7. O significado da nova legislação.

1. A Constituição Federal de 1988

Há divergências quanto à periodização da história por se tratar de uma opção que depende exclusivamente do narrador, mas entendo que o período contemporâneo começa com a Constituição de 1988 embora algumas leis desse período possam ter vindo de antes, mas com ele se coadunam. Não é possível recusar o marco que representa no desenvolvimento do nosso direito do trabalho, como decorrência do processo político favorável à democratização do País, a Assembleia Nacional Constituinte que aprovou, em 5 de outubro de 1988, uma nova Constituição Federal, que modificou, em alguns aspectos, o sistema jurídico de relações de trabalho.

Um dos aspectos positivos foi o redimensionamento das relações entre os sindicatos e o Estado com a adoção de dois princípios básicos.

Esses princípios são a *auto-organização sindical* e a *autonomia de administração* dos sindicatos, o primeiro permitindo a livre criação dos sindicatos, sem a necessidade de prévia autorização do Estado, o segundo assegurando aos sindicatos liberdade para que possam praticar, segundo as próprias decisões, os atos de interesse interno com liberdade de administração.

Com essas diretrizes, foram transferidas da lei para os estatutos sindicais diversas questões, entre as quais o funcionamento das assembleias, as eleições sindicais, temas que não podem mais sofrer a interferência do Governo. Podem ser, no entanto, no caso de um conflito de interesses, submetidas ao Poder Judiciário. A proibição da interferência do Poder Público nas entidades sindicais não elimina o direito público de ação judicial garantido a toda pessoa física ou jurídica. Dessa forma, também os sindicatos têm esse direito.

A negociação coletiva ampliou-se e os acordos coletivos entre sindicatos e empresas também. O direito de greve assumiu dimensão até então desconhecida, combinada, no entanto, com uma nova figura, de finalidade limitativa dessa amplitude, o abuso de direito, que, uma vez configurado, autoriza a responsabilização daqueles que nele incorrerem.

Modificações expressivas foram, entre outras:

— a redução da jornada semanal de 48 para 44 horas;

— a generalização do regime do fundo de garantia com a consequente supressão da estabilidade decenal;

— a criação de uma indenização prevista para os casos de dispensa arbitrária;

— a elevação do adicional de horas extras para o mínimo de 50%;

— o aumento em 1/3 da remuneração das férias;

— a ampliação da licença da gestante para 120 dias;

— a criação da licença-paternidade, de 5 dias;

— a elevação da idade mínima de admissão no emprego para 14 anos;

— a descaracterização, como forma destinada a incentivar a iniciativa patronal, da natureza salarial da participação nos lucros;

— a instituição da figura do representante dos trabalhadores nas empresas com mais de 200 empregados;

— a reformulação da obrigatoriedade de creches e pré-escolas;

— e a inclusão, agora em nível constitucional, de três estabilidades especiais, a do dirigente sindical, a do dirigente das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes e a das empregadas gestantes.

Regulamentando a Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional aprovou a Lei de Greve (Lei n. 7.783, de 28-6-1989); promulgou, também, a lei sobre política salarial (Lei n. 7.788, de 3-7-1989), a lei sobre salário mínimo (Lei n. 7.789, de 3-7-1989) e a lei sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei n. 8.036, de 11-5-1990).

2. A modernização do modelo brasileiro

A ampliação das negociações coletivas tornou-se um imperativo decorrente da adoção do princípio da liberdade sindical.

A liberdade de organização sindical só se completa com a autonomia para a negociação.

Defende-se a modernização do modelo brasileiro de negociação coletiva, até agora preso a algumas características corporativistas das quais não conseguiu desvincular-se.

As ideias que cresceram são no sentido de dar maior espaço à autonomia privada coletiva, para que, sem prejuízo da função tutelar reservada à lei, mostre-se possível maior atuação das organizações sindicais. Para esse fim, a autocomposição entre os interlocutores sociais é priorizada para promover enlaces jurídicos com base nos quais regerão as relações de trabalho. À falta de norma autocomposta, aplicam-se os dispositivos previstos pela lei. Essa modificação permitirá o desenvolvimento de um sistema modelado pelos próprios interlocutores sociais, em condições de se aproximar da realidade multiforme e cambiante sobre a qual atua, o que não foi possível alcançar inteiramente.

As tendências do direito brasileiro voltaram-se para a prática da negociação coletiva como amplo e efetivo processo de autocomposição de interesses entre trabalhadores e empregadores.

Visaram a fixar condições de trabalho bem como a regular as relações entre as partes estipulantes, possibilitando, assim, o ajuste não só de cláusulas normativas destinadas a estabelecer direitos e deveres entre aqueles que figuram no contrato individual de trabalho como também de cláusulas obrigacionais que vinculam as entidades e sujeitos estipulantes da convenção coletiva.

Outra mudança de diretriz facultou o uso da negociação coletiva em épocas de crises econômicas para encontrar alternativas para as dispensas coletivas como a redução de salários, para suspender os contratos de trabalho por algum tempo, enfim, a negociação coletiva com o sindicato para resolver problemas de gestão da empresa.

Em outras palavras, além das suas funções tradicionais, a negociação coletiva passou a ter a finalidade de, *in pejus*, atender aos interesses da empresa.

Para esse fim, exigir-se-ia, na negociação, boa-fé, responsabilidade social, respeito à livre manifestação de vontade dos seus participantes, apresentação escrita, com a necessária antecedência, da pauta de reivindicações e a fundamentação das propostas e contrapropostas para que fosse possível aquilatar os motivos determinantes do pleito ou da correspondente recusa. A não apresentação da pauta escrita com os pedidos que deveriam ser negociados obstaria a negociação, ocorrendo o mesmo diante da recusa imotivada de negociar.

Foram mantidos os dois níveis conhecidos de negociação, o de empresa e o de categoria, mas, no entanto, é defendida a criação de mais um, que ficaria acima do nível das categorias, com o que os instrumentos normativos seriam três: o acordo coletivo aplicável aos trabalhadores da empresa; a convenção coletiva de trabalho, que é o vínculo em nível de categoria econômica e profissional; e, como inovação, o contrato coletivo de trabalho, viabilizado em 2008, embora não praticado, com a legalização, nesse ano, das Centrais Sindicais, que não têm poderes para negociar convenções e acordos coletivos, mas podem fazer pactos sociais com as representações dos empresários e com o Governo.

Assim, a legitimação para negociar seria ampliada no sentido das diretrizes sugeridas pela Organização Internacional do Trabalho por meio da Recomendação n. 163, para as entidades sindicais de grau superior e as centrais sindicais, com a finalidade de permitir maior dinamismo na atividade negocial direta entre os interlocutores sociais ampliando-se o diálogo social. A lei atual limita a capacidade negocial das entidades integrantes da organização sindical, e as medidas propostas — a concertação social — visam a liberar, em maior escala, o potencial de negociação que têm, contido pela lei.

O Estado diminuiu a intensidade da elaboração de uma lei para cada profissão. Não é justo, por outro lado, que algumas profissões possam ser regulamentadas por lei e outras, não. Acrescente-se que não é correta a noção segundo a qual uma categoria profissional só é forte se contar com regulamentação legal. Há categorias profissionais que dispõem de grande força, embora sem lei especial. A tendência moderna é para a transferência dessas regulamentações do âmbito da lei para o das negociações coletivas.

Ganharam relevo novos temas do direito do trabalho, entre os quais as políticas de promoção de empregos e os meios por estas definidos para o combate ao desemprego; a consolidação da autonomia coletiva dos particulares, para a valorização das práticas negociais, respeitado um patamar mínimo de garantias legais de proteção ao trabalhador.

3. As novas leis

As transformações provocadas pela globalização, o avanço da tecnologia e o desemprego também afetaram o direito do trabalho no Brasil, o que levou o Estado a elaborar leis destinadas a atenuar os efeitos negativos que advieram. As principais alterações foram as a seguir elencadas:

1) o contrato por prazo determinado, desde que previsto em acordo coletivo com o sindicato, sem os pressupostos exigidos para os demais casos, para admissão de uma faixa de até 20% de trabalhadores, acima dos quadros fixos da empresa, com redução dos encargos sociais e da indenização (Lei n. 9.601, de 1998);

2) a compensação de horas quadrimestral, ampliada para anual, desde que prevista em acordo coletivo de trabalho, consideradas extraordinárias apenas as excedentes do total normal do quadrimestre (Lei n. 9.601, de 1998);

3) o Programa de Desligamento Voluntário de Servidores Civis do Poder Executivo Federal (Lei n. 9.468, de 1997);

4) a justificação da falta ao serviço nos dias em que o empregado estiver, comprovadamente, realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior (Lei n. 9.471, de 1997, que acrescentou o inciso VII ao art. 473 da CLT);

5) a atribuição de força de recibo ao depósito em conta bancária aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste (Lei n. 9.528, de 1997, que acrescentou o parágrafo único ao art. 464 da CLT);

6) a obrigatoriedade de concurso público para readmissão em empresa pública e sociedade de economia mista após a extinção do contrato de trabalho por aposentadoria espontânea (Lei n. 9.528, de 1997, que acrescentou o § 1º ao art. 453 da CLT);

7) o trabalho voluntário, não gerando vínculo de emprego, prestado por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituições sem fins lucrativos, desde que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social (Lei n. 9.608, de 1998);

8) normas gerais sobre desporto, com a reformulação da estrutura dos clubes de futebol, que passa a ser empresarial, a alteração da lei do "passe" e a supressão da competência dos Tribunais Desportivos para julgar questões trabalhistas de atletas profissionais, restringida, agora, a infrações disciplinares (Lei n. 9.615, de 1998);

9) o contrato a tempo parcial, assim considerado aquele com jornada máxima semanal de 25 horas, e remuneração proporcional às horas de serviço, proibidas horas extraordinárias (CLT, art. 58-A);

10) a suspensão temporária do contrato de trabalho de 2 a 5 meses diante de causas econômicas, de reorganização ou crise da empresa, com a consequente suspensão dos direitos em curso, a manutenção dos direitos previdenciários, o pagamento de bolsa de requalificação profissional e outras vantagens a que o empregador se obrigar espontaneamente ou resultantes de acordos ou convenções coletivas (CLT, art. 476-A);

11) a ampliação da compensação de horas prevista pela Lei n. 9.601, de 1998, passando de quadrimestral para anual, na forma da Medida Provisória n. 1.952-28, de 21 de setembro de 2000 (CLT, art. 59, §§ 2º e 3º);

12) a instituição facultativa de comissões de conciliação prévia nas empresas, por grupos de empresas e nos sindicatos, de composição paritária, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais

de trabalho, na forma da Lei n. 9.958, de 2000, que acrescentou à CLT os arts. 625-A a 625-H.

13) desvinculação, do salário, das utilidades, como educação, transporte para o local de serviço e no retorno deste, previdência privada, assistência médica, hospitalar, odontológica e seguros, por força de alterações introduzidas em 2001 no art. 458 da CLT;

14) participação, dos empregados, nos lucros ou resultados da empresa com a transformação, em 2000, em lei (Lei n. 10.101, de 19-12-2000) das medidas provisórias que regiam o tema;

15) pisos estaduais salariais (LC n. 103/2000) fixados pelos Estados-membros da Federação;

16) limitação, por lei, em 2001 (Lei n. 10.243, que acrescentou parágrafos ao art. 58 da CLT), da inclusão do tempo *in itinere* na jornada de trabalho para restringi-la aos percursos e tempo de transporte quando o estabelecimento é situado em local de difícil acesso e não servido por meios públicos de locomoção (art. 58, § 2º);

17) descaracterização do vínculo de emprego entre cooperado e cooperativa e entre aquele e o tomador de serviços (art. 442 da CLT, parágrafo único);

18) proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (Lei n. 9.029/95);

19) apoio às pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), com a obrigatoriedade de preenchimento, por empresas com 100 (cem) ou mais empregados, de um número de cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência (Dec. n. 3.298/99, art. 36);

20) tipificação, como ilícito penal, da falta de anotação da CTPS e do pagamento "por fora" (art. 337-A do CP);

21) requalificação profissional e aprendizagem do menor com mais de 14 anos de idade (Lei n. 10.097/2000);

22) direito da mãe adotiva à licença-maternidade (Lei n. 10.421/2002);

23) retorno ao sistema de pagamento do *salário-maternidade*, que vinha sendo feito diretamente pelo INSS, pela empresa, mediante compensação com recolhimentos de contribuições previdenciárias (Lei n. 10.710, de 5-8-2003);

24) *Estatuto do Idoso*, que protege maiores de 60 anos de discriminação em trabalho ou emprego (Lei n. 10.741, de 1º-10-2003);

25) *Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens* (Lei n. 10.748, de 22-10-2003);

26) *condição análoga à de escravo* (Lei n. 10.803, de 11-12-2003);

27) desconto em folha de pagamento de valores de *empréstimo bancário,* financiamento ou arrendamento mercantil do empregado (Lei n. 10.820, de 17-12-2003);

28) *saque dos depósitos do FGTS*, diante de necessidade pessoal cuja urgência e gravidade decorram de desastre natural, pelo trabalhador residente em áreas comprovadamente atingidas (Lei n. 10.878, de 8-6-2004);

29) elevação da idade máxima do aprendiz, no contrato de aprendizagem, de 18 para 24 anos (Lei n. 11.180, de 23-9-2005);

30) Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9-2-2005), que, na falência, limita o caráter de crédito privilegiado, dos trabalhadores, a até 150 salários mínimos e restringe o conceito de sucessão de empresas;

31) Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que amplia a competência da Justiça do Trabalho;

32) art. 442-A da CLT, segundo o qual, para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 meses no mesmo tipo de atividade (Lei n. 11.644, de 2008);

33) Lei do estágio (Lei n. 11.788/2008);

34) Legalização das Centrais Sindicais (Lei n. 11.648/2008).

4. O Governo Lula

Com o Partido dos Trabalhadores no poder político e a eleição para a Presidência da República do seu líder, Luiz Inácio Lula da Sil-

va, criaram-se fortes expectativas de alteração na legislação trabalhista, e na primeira metade do Governo Lula a medida mais importante foi a instalação do Fórum Nacional de Direito do Trabalho.

O Fórum é um órgão tripartite, não governamental, integrado por representantes dos trabalhadores indicados pelas Centrais e Confederações, dos empregadores apontados pelas entidades sindicais patronais de cúpula, e do próprio Governo, com a finalidade de discutir reformas no direito coletivo do trabalho.

Os trabalhos nele desenvolvidos foram resumidos num relatório final da Comissão de Sistematização, para encaminhamento ao Congresso Nacional, sobre os seguintes temas: 1) organização sindical; 2) negociação coletiva; 3) Conselho Nacional de Relações de Trabalho; 4) greve; 5) sistema de solução dos conflitos; 6) ações coletivas na Justiça do Trabalho.

Os estudos sobre direito individual do trabalho foram programados para depois da etapa de debates a respeito do direito coletivo do trabalho e nem sequer tiveram início. Suas propostas não foram encaminhadas ao Congresso Nacional, salvo um projeto de reforma do art. 8º da Constituição Federal que não chegou a tramitar. As bases sindicais de empregadores e de empregados não concordaram com algumas das suas propostas de reforma sindical. Consideraram excessivos os poderes atribuídos às cúpulas sindicais e o enfraquecimento consequente das bases sindicais.

Entre as novas leis publicadas, já enumeradas, a primeira aprovou o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens (Lei n. 10.748, de 22-10-2003), mas que não obteve repercussão.

Outra lei autoriza desconto em folha de pagamento de valores de empréstimo bancário, financiamento ou arrendamento mercantil do empregado (Lei n. 10.820, de 17-12-2003).

Em substituição à lei do primeiro emprego, foi aprovado pela Lei n. 11.119/2005 o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem), que nasceu da MP n. 411/2007, e esta, por sua vez, alterou as Leis n. 10.748/2003 (Programa Nacional do Primeiro Emprego) e 10.836/2004 (Bolsa Família).

Trata-se de um programa assistencial destinado a jovens de 15 a 29 anos, a fim de promover, basicamente, a reintegração do jovem ao

processo educacional, sua qualificação profissional e o desenvolvimento humano para a cidadania.

A lei de natureza processual de maior impacto (EC n. 45/2004) vinha sendo estudada em governos anteriores. Ampliou a competência da Justiça do Trabalho para julgar questões oriundas da relação de trabalho, e não apenas relação de emprego, multas aplicadas pela Delegacia Regional do Trabalho, controvérsias entre sindicatos e entre estes e seus representados, e atingiu o poder normativo da Justiça do Trabalho ao exigir, para a postulação do dissídio coletivo, a concordância do suscitado. Sem esta, o suscitante é considerado carecedor da ação.

Outra lei aprovada no governo Lula é a da legalização das Centrais Sindicais (Lei n. 11.648, de 2008) como entidades de cúpula representativas dos interesses gerais dos trabalhadores, desde que reúnam um conjunto de requisitos que lhes dê determinado índice de representatividade, caso em que estarão habilitadas a receber um repasse da contribuição sindical correspondente a 10% do valor da conta emprego e salário.

Finalmente, foi disciplinado o repouso semanal remunerado dos empregados no comércio (Lei n. 11.603/2007).

Esperava-se uma reforma da arcaica legislação, o que não houve. A falta de iniciativa é agravada pelo fato de ser um governo que contou com a colaboração direta de lideranças sindicais. As Centrais Sindicais foram legalizadas. Nada se fez quanto à atualização da CLT com a introdução de diversos temas atuais e importantes como dispensas coletivas, direitos de personalidade do trabalhador, novos tipos de contratos individuais, regulamentação do art. 7º da Constituição Federal, encargos trabalhistas, férias diante da ratificação da Convenção n. 132 da OIT etc. (sobre atualização da nossa lei há o anteprojeto da Academia Nacional de Direito do Trabalho aprovado pela Assembleia da entidade em 2009).

5. A dimensão garantística da legislação

O garantismo, em nosso país, nasceu com o direito do trabalho como exigência social da proteção dos operários de fábrica, solidificou-se com a evidência da necessidade de reconhecer cidadania ao trabalhador, ganhou moldura jurídica de grande destaque com a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), encontrou suporte no princípio protetor do direito do trabalho e encontrou na Justiça do Trabalho o

epicentro da sua aplicação. E é natural que assim tivesse ocorrido. O trabalhador e o trabalho entram juntos nos portões das fábricas e nas portarias dos prédios de escritórios. Se este não é protegido aquele pode ser precarizado.

Depois da CLT, no período contemporâneo, diversas leis deram sequencia à diretriz tutelar.

Exemplifique-se com:

— a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (Lei n. 9.029/95);

— o apoio às pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89) mediante a obrigatoriedade de preenchimento, por empresas com 100 (cem) ou mais empregados, de um número de cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoas portadoras de deficiência (Dec. n. 3.298/99, art. 36);

— a tipificação, como ilícito penal, da falta de anotação da CTPS e do pagamento "por fora" (art. 337-A do CP);

— e o direito da mãe adotiva à licença-maternidade (Lei n. 10.421/2002); *Estatuto do Idoso*, que protege maiores de 60 anos de discriminação em trabalho ou emprego (Lei n. 10.741, de 1º-10-2003), e a configuração jurídica da *condição análoga à de escravo* (Lei n. 10.803, de 11-12-2003).

6. O abrandamento do garantismo

Abrandar significa flexibilizar.

Abrandou-se o teor protecionista da legislação brasileira.

Toma-se, aqui, a palavra *flexibilização* no sentido de toda medida, do direito do trabalho, destinada a reconhecer que a lei trabalhista e a sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento econômico.

É importante para o País o funcionamento das empresas para produzir bens e prestar serviços à sociedade e para abrir vagas para os trabalhadores. O direito do trabalho é complexo. Tem como principal função a tutela do trabalhador mas não pode ignorar as necessidades

substanciais das empresas. Esse atendimento é necessário. As empresas precisam crescer e impulsionar a economia para dar maior número possível de vagas de trabalho.

A forma prática pela qual se realiza é a diminuição do conteúdo normativo protetor da lei e a negociação com o sindicato. É importante um juízo de valor sobre essa questão, mas isso não pode ser feito ao sabor dos impulsos sentimentais. Pressuposto de uma conclusão serena é conhecer a sua trajetória em nosso direito em todo o seu traçado, desde a sua implantação até os nossos dias.

Quando se deu o seu ingresso em nosso país? Foi em decorrência de um projeto e de modo *concentrado* num mesmo e único momento da história das nossas relações de emprego? A sua penetração em nosso meio foi *difusa* por leis esparsas em momentos políticos e culturais diferentes? Quais foram as suas principais causas? Em que contexto político se deu?

Como a sua trajetória se prolongou num largo tempo desde o seu início até hoje, foi no Brasil produto de mais de um governo, tanto de um governo neoliberal como de um governo social-democrata. Uma das suas características foi a sua instauração gradativa em épocas diferentes durante diversos anos e não instantânea mediante um só e único ato que a tivesse concentrado para instaurar-se de uma só vez. Um aspecto positivo que resulta da sua instauração gradativa distribuída no tempo e por leis esparsas é a ausência de traumas, ou seja, a sua absorção sem conflitos sociais, embora seja penosa para muitos trabalhadores, a menos que se ressalve como lado positivo para o trabalhador a preservação do emprego.

Inicia-se com os Governos Militares época de inflação alta, em 1965 (Lei n. 4.923), com a autorização para negociações coletivas de redução dos salários em até 25% e das jornadas por até três meses diante da conjuntura econômica adversa. Na época a economia apresentava sinais de retração. É o que mostram as leis.

Direito do trabalho e crise econômica são, como diz Palomeque, companheiros de uma mesma viagem.

A mesma lei voltou a ser utilizada na crise de 2009. No ano seguinte, no mesmo Governo, foi criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei n. 5.107, de 1966), que substituiu a estabilidade decenal e a indenização de dispensa sem justa causa e que seria, em 1988,

generalizado com regra independentemente de opções. Seguiu-se, em 1967, a ampliação das negociações coletivas, até então restritas ao âmbito da categoria entre os sindicatos patronais e de trabalhadores, passando a ser permitidos a partir de então acordos coletivos em nível de empresa, entre o sindicato de trabalhadores, de um lado, e a empresa, de outro. As convenções e acordos coletivos que antes dependiam de homologação do Ministério do Trabalho foram dispensados de homologação do governo. Bastou, daí por diante, o depósito, o que ampliou a autonomia coletiva dos particulares.

Continua em 1974 com o contrato de trabalho temporário sem vínculo de emprego com o tomador de serviços (Lei n. 6.019). Em 1988 a Constituição Federal autorizou a redução dos salários por negociação coletiva. Em 1989 (Lei n. 7.855) foram eliminadas as proibições do trabalho da mulher em período noturno, em ambiente com insalubridade ou periculosidade, em horas extras, permanecendo apenas a tutela da gestante. Em 1993 a STST n. 331 facilitou a terceirização das atividades de apoio de uma empresa. Em 1994 deu-se a desindexação dos salários promovida pelo Plano Real (Lei n. 8.880), contribuição decisiva para a queda da inflação. Em 2000 a participação nos lucros ou resultados da empresa foi desvinculada dos salários (Lei n. 10.101). Em 2001 foi autorizada a suspensão temporária do contrato de trabalho por acordos coletivos para requalificação profissional do trabalhador (Lei n. 10.101). Em 1988 deu-se a desvinculação das utilidades e dos salários (Lei n. 10.243), o contrato a tempo parcial de 25 horas semanais (MP n. 2.164 e art. 59, § 3º, da CLT) e o banco de horas (MP n. 2.164 e art. 59, § 2º, da CLT). Em 2005 foi aprovada a lei de falências e recuperação de empresas (Lei n. 11.101), que alterou dois institutos: o privilégio dos créditos trabalhistas, que foi reduzido, e a sucessão do empregador favorecendo o adquirente da massa falida.

Assim, passou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico, apesar das manifestações contrárias. Foram três as suas causas principais: *as crises econômicas, a redução de custos como meio de enfrentamento da competição empresarial e o avanço tecnológico que permite maior produção com menor número de empregados.*

7. O significado da nova legislação

As novas leis mostram que o direito do trabalho se encaminha para mais de uma direção.

O direito do trabalho clássico foi criado em outro contexto. Nasceu como um mecanismo de defesa do operário das fábricas do início da primeira revolução industrial, diante da proletarização do trabalho e da inexistência de instrumentos legais para proporcionar um grau mínimo que fosse possível de intervenção na autonomia contratual das partes com o propósito de restabelecer o quanto possível o equilíbrio de uma relação jurídica desigual.

A economia atual passa a ser menos Adam Smith, pai do liberalismo econômico, quando sustenta que a riqueza das nações só é possível mediante a espontaneidade e o interesse de quem trabalha, e para esse fim a pessoa deve ser livre (*v. A riqueza das nações*) e mais keynesiana (*v. A treatise on money,* 1930, *The economic consequences of the peace,* 1919, e *The general theory of employment*: interest and money, 1936) quando se propõe a salvar o regime da empresa privada afastando-se do *laissez-faire* integral.

Diversamente do Brasil, na Itália a flexibilização nasceu planejada e concentrada.

Foi resultado de um estudo programático e cultural iniciado com a publicação do Livro Branco (2001), do qual resultou uma Lei Delegada (n. 30/03).

O modelo italiano, na descrição de Tosi e Lunardon *(v. Introduzione al diritto del lavoro*, 2004), é decorrência de uma série de estudos que abrangem o *Projeto Alleva, o Projeto D'Antona, o Projeto Luca Tamajo e finalmente o Projeto Biagi,* deste surgindo a *Lei Biagi,* fruto de estudo denominado *Proposta per uno Statuto dei lavori.*

O que deu motivo a esse estudo foi, segundo os autores, o envelhecimento do aparato protetivo do direito do trabalho no curso dos anos 1980, em especial do sistema dual subordinação-autonomia diante da visível intersecção entre ambos de novos sistemas produtivos e de novas atividades profissionais que não se enquadram nem em um nem em outro grupo.

Diante disso, a doutrina construiu a teoria da parassubordinação, e a Lei Biagi criou uma nova tipologia dos contratos de trabalho. A proposta prevê a passagem do *estatuto estático do emprego para o estatuto dinâmico da atividade* com suas múltiplas conotações: atividades autônomas, atividades subordinadas, atividades associativas, atividades formativas ou de qualificação profissional, atividades empreendedoriais etc.

Subsistem diversos problemas.

Um deles, a complexidade da organização sindical, agravada pelos desdobramentos de categorias, pela criação de sindicatos de categorias diferenciadas, pelas divisões de bases territoriais, pela criação indiscriminada de sindicatos que entre si disputam a representação de categorias tradicionais. Todavia, a legalização das centrais sindicais em 2008 introduziu um novo conceito: *representatividade sindical.*

A ampliação da negociação coletiva é um fato.

Basta ver a jurisprudência que dá validade aos acordos coletivos para diversos fins: compensação de horas, planos de participação nos lucros ou resultados da empresa, jornadas de trabalho em limites que superam os estabelecidos pela lei, a exigência da comprovação do esgotamento da negociação coletiva para que um sindicato possa propor dissídio coletivo nos Tribunais do Trabalho, a redução dos intervalos de jornadas de trabalho em casos justificáveis etc.

O problema do choque entre o negociado e o legislado, que suscitou divergências no Brasil, não tem o mesmo impacto na Itália e na Espanha porque a legislação trabalhista, nesses países, ocupa um espaço bem menor, com o que a esfera natural dos convênios coletivos é maior. Entre nós, dá-se o contrário. O espaço da lei, no Brasil, é amplo, o que gera atritos inevitáveis com os convênios coletivos.

Assinale-se, ainda, que sobram razões para um tratamento especial favorecido para microempresas e para diferenciação dos direitos trabalhistas de diretores empregados, estatutários e altos executivos, cujas garantias devem estar no contrato e não na lei, nada justificando que a lei seja a mesma do operário.

Todavia, certo é que duas ideias caminham paralelas, embora aparentemente conflitantes, cada qual ocupando o seu espaço: *garantismo e flexibilização.*

Capítulo II

Internacionalização do direito do trabalho e seus impactos no direito brasileiro

§ 5º Internacionalização do direito do trabalho

Sumário: 1. Pródromos do direito internacional. 2. Relações internacionais de trabalho 3. Organizações internacionais de trabalho. 4. Princípios, pactos e normas programáticas e imperativas internacionais de trabalho.

1. Pródromos do direito internacional

Por internacionalização do direito do trabalho podem ser entendidas duas coisas.

Primeira, a perspectiva objetiva do estudo do processo em favor de uma legislação internacional desenvolvido lentamente através do século XIX e que tem como pressuposto a insuficiência da legislação nacional para resolver os problemas gerados pelas transformações das relações de produção e a participação dos trabalhadores, ou seja, o *internacionalismo proletário* a que se referiu o preâmbulo dos estatutos da Primeira Internacional do Trabalho (1866).

Segunda, o estudo das relações internacionais de trabalho em sua dupla conotação, as de direito público, envolvendo as instituições internacionais, e as de direito privado cuja finalidade principal é solucionar um problema, a lei aplicável nos casos de conflito entre normas de dois ou mais países numa relação de trabalho prestada fora do país de origem nacional do trabalhador, ou seja, o problema da lei aplicável aos nacionais e aos estrangeiros.

Os precursores da ideia de uma legislação internacional do trabalho, segundo Nicolas Valticos[1], são dois industriais, o inglês Robert Owen e o francês Daniel Le Grand, no começo do século XIX. O primeiro devido aos escritos que dirigiu em 1818 aos soberanos dos Estados da Santa Aliança, reunidos em Aix-la-Chapelle, para que tomassem medidas destinadas a melhorar a sorte dos trabalhadores, preconizando uma ação internacional, interessado em difundir as experiências que praticou em sua empresa. O segundo, entre 1840 e 1855, dirigiu-se aos governantes franceses e aos dos principais países da Europa, propondo a adoção de uma lei internacional do trabalho.

G. Scelle[2] sustenta que a iniciativa oficial coube à Suíça, em 1855, com a proposta, pelo Cantão de Glaris, de uma verdadeira legislação industrial internacional.

A primeira Conferência Internacional do Trabalho foi convocada em Berlim, em 1890, presentes representantes da França, Alemanha, Áustria, Holanda, Bélgica, Inglaterra, Itália, Dinamarca, Portugal, Suécia, Noruega, Suíça, Espanha e Luxemburgo. Houve sugestões para a criação de uma Repartição Internacional para estudos e estatísticas de trabalho. Na época, Guilherme II solicitou o apoio do Papa Leão XIII, e este, no ano seguinte, promulgaria a Encíclica *Rerum Novarum*.

Em 1901 foi constituída a Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores, em Bruxelas, e quinze Estados participaram da Conferência de Berna, convocada para maio de 1905, seguida de conferência diplomática em setembro de 1906, com a presença de diversas nações, resultando em duas convenções, uma sobre a proteção dos trabalhadores nas atividades em contato com fósforo branco e a segunda sobre a proibição do trabalho noturno das mulheres.

Não há uniformidade de opiniões dos autores quanto à influência que teria exercido Marx, na formação de uma legislação internacional, com o Manifesto de 1848 e a frase "trabalhadores do mundo, uni-vos" e a Primeira, Segunda e Terceira Internacionais.

---

1. *Derecho internacional del trabajo*, Madrid, Technos, 1977, p. 29.
2. *Précis élémentaire de législation industrielle*, Paris, Sirey, 1927, p. 122.

Outro aspecto introdutório deve ser mencionado: a diferença entre direito comunitário, direito da União Europeia, direito internacional e direito europeu. São aspectos específicos, embora próximos, da internacionalização do direito do trabalho. O direito comunitário nasceu na Europa em 1951 com a criação, pelo Tratado da Comunidade Europeia, da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço seguida em 1957 pela instituição da Comunidade Europeia da Energia Atômica e da Comunidade Econômica Europeia. As Comunidades aprovaram normas jurídicas internas com o nome de Diretivas e Regulamentos. Foram unificadas pelo Tratado de Roma e coexistem com a União Europeia que as seguiu. O direito da União Europeia é mais recente. Surgiu com a criação dessa União pelo Tratado de Maastricht — também conhecido como Tratado da União Europeia — em 1992. É o direito elaborado por essa União por meio dos seus órgãos. O direito internacional público é o que rege as relações entre os Estados soberanos. Tem nos Tratados Internacionais entre esses Estados o seu instrumento jurídico natural. O direito europeu é o aplicável aos países da Europa. É um direito comparado.

2. Relações internacionais de trabalho

Cresceu a importância do estudo das relações de trabalho internacionais. Diversas são as contribuições doutrinárias, inclusive a de Gérard Lyon-Caen, em *Relations de travail internationales* (Paris, 1991), e que apresenta problemas específicos decorrentes da mobilidade da força de trabalho entre as fronteiras à procura de novo emprego ou em sequência do mesmo emprego.

O trabalhador, em outro país e como estrangeiro, pode ser submetido, até mesmo e conforme o caso, a três ordenamentos jurídicos, o do Estado em que está prestando o serviço, o do seu país de origem e o ordenamento supranacional internacional, em alguns casos comunitários. A mobilidade do capital tem atuado no sentido de provocar a ampliação desses deslocamentos e a necessidade de estabelecer as regras que serão aplicáveis.

A expressão *relações de trabalho internacionais* não encontrou ainda uma suficiente elaboração doutrinária para que possa indicar com exatidão o fenômeno a que quer referir-se, a começar pela dúvida que pode ser levantada. Existem relações de trabalho internacionais ou a

relação em outro país distinto daquele em que se origina não passa de uma relação de trabalho interna submetida a normas jurídicas próprias? Que seria uma relação de trabalho internacional? E um contrato de trabalho internacional?

As relações internacionais de trabalho podem ser delimitadas em mais de um âmbito, vinculadas pela ideia comum, presente em todas as relações jurídicas de trabalho que são encontradas nesta matéria, que é o seu desenvolvimento em mais de um país. Sem que tenha essa característica, parece-me que decai a sua "internacionalização". A se aceitar essa premissa, não se poderia incluir entre as relações de trabalho internacionais a de um estrangeiro num país, porque não passaria de uma relação de trabalho no território de um Estado, tendo em um dos polos um estrangeiro, sujeita, portanto, segundo o princípio da territorialidade, às leis do país em que o trabalho é prestado.

Essa situação difere de outras. Não se identifica com a relação de trabalho desenvolvida em um país tendo como sujeitos dois estrangeiros que a iniciaram nas matrizes das suas companhias em outro ou outros Estados, continuidade, portanto, de um mesmo contrato de trabalho, no qual, pela natureza das suas funções, o empregado desloca-se a serviço para outro país, o que não afasta a aplicação das leis territoriais, porém abre caminho para, de acordo com o *pacta sunt servanda*, combinar-se com a lei do local da contratação, portanto a lei do país de origem.

Também é diferente da relação coletiva de trabalho regida por um contrato coletivo ajustado entre entidades sindicais e patronais supranacionais e que tem por finalidade dar um tratamento normativo comum ao trabalho prestado em mais de um país, em determinado setor da atividade econômica.

Ainda diversa é a relação jurídica que se desenvolve segundo normas estabelecidas por uma Comunidade Internacional, portanto em dimensão que ultrapassa as fronteiras de um país, para que seja atendida a necessidade de movimentação de mão de obra, constante e regular, entre diversas nações.

3. Organizações internacionais de trabalho

Institucionalizaram-se organizações de trabalho no plano internacional com mais de uma finalidade, uma vez que há instituições que desenvolvem uma atividade que, além de científica e de estudos, é

também, e de certo modo, regulamentar e normativa, subdividindo-se em três tipos.

Primeiro, as organizações *gerais* ou *regionais*, que têm por finalidade atuar no âmbito de todos os países, em sentido geral, e fixar princípios programáticos ou regras imperativas para eles voltadas. Dividem-se, por sua vez, em *especializadas*, como é o caso da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ou *genéricas*, como parte da sua atividade voltada para o trabalho, sendo esse o caso da Organização das Nações Unidas (ONU). *Organizações regionais* são aquelas que têm esfera de atuação em determinado território, incluindo alguns países nele situados, e que resolveram, como expressão da sua soberania, unir-se, formando uma *Comunidade*, uma *União* ou, simplesmente, pactuando normas comuns aduaneiras, migratórias ou econômicas destinadas a agilizar o processo produtivo e a facilitar a circulação de mercadorias entre as fronteiras dos respectivos países. É o caso da União Europeia e do Mercosul.

Segundo, as organizações que não têm finalidade normativa ou regulamentar, como as primeiras, mas uma função do tipo *arbitral* ou *jurisdicional*, para conhecer e decidir conflitos que surjam envolvendo aquelas organizações ou pessoas, físicas ou jurídicas, que estabeleçam relações jurídicas internacionais. É o caso do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.

Terceiro, instituições meramente *consultivas*, existentes para debater as diretrizes maiores que devem ser observadas, como o Foro Consultivo Econômico-Social, previsto nos arts. 28 a 30 do Protocolo de Ouro Preto para o Mercosul, que é um organismo internacional de representação dos setores econômicos e sociais, de composição paritária, com a participação de representações de trabalhadores e empregadores, com igual número de integrantes de cada Estado-Parte, e cuja função, como o nome indica, é consultiva e não executiva ou decisória, podendo fazer recomendações para o Mercosul e seus integrantes.

4. Princípios, pactos e normas programáticas e imperativas internacionais de trabalho

Há *princípios* de trabalho internacionais, como os expressos pela ONU na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

São da maior importância para a determinação do sentido e do alcance dos direitos fundamentais que devem ser preservados pelos ordenamentos jurídicos na defesa das liberdades constitucionais, na medida em que proclamam a liberdade de trabalho, o direito ao trabalho e à livre escolha deste, as condições equitativas e satisfatórias de trabalho, a proteção contra o desemprego, a igualdade de salários por trabalho igual, entre outros.

Não se confundem com os princípios os *pactos internacionais,* que são *acordos*, bilaterais ou trilaterais, na conformidade dos sujeitos participantes, as representações dos trabalhadores, dos empregadores e o Governo.

Os pactos têm a natureza de programas macroeconômico-sociais para fixar metas a serem atingidas como expressão da política traçada, visando a objetivos a serem em determinado tempo alcançados. São exemplos o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na Europa, que tem princípios de direito coletivo e individual de trabalho, e a Carta Social Europeia (1961).

Nesse campo situa-se o que, em alguns países latino-americanos, denomina-se "concertação social", que é o procedimento de entendimentos que pode levar a um pacto social.

Além dos princípios internacionais, têm importância os *preceitos programáticos* estabelecidos para que o legislador de cada país, segundo os seus critérios, venha ou não a adotá-los. É o caso das Recomendações da OIT.

Normas imperativas são leis internacionais porque são dotadas de força obrigatória e exigibilidade para a sua aplicação resistida, perante um órgão instituído para esse fim, Tribunais ou Comissões de Arbitragem.

São de diversos tipos, a saber:

a) *tratados internacionais*, bilaterais ou multilaterais, segundo os sujeitos estipulantes sejam dois, mais de dois ou diversos países;

b) *convenções internacionais da OIT*, que, para alguns, têm a mesma natureza jurídica dos tratados internacionais, mas que deles diferem porque são aprovadas por um plenário internacional, enquanto os tratados, via de regra, resultam do entendimento direto entre os países interessados, conquanto possam também, em alguns casos, surgir de um plenário;

c) *normas comunitárias*, que são as normas jurídicas vigentes para o âmbito de uma Comunidade Internacional, expressando-se por meio dos diversos tipos que a respectiva Comunidade vier a instituir, sendo, na União Europeia, o direito comunitário originário, de hierarquia superior, porque são os tratados constitutivos e estruturais do organismo, e o direito comunitário derivado, que são os regulamentos, diretivas e decisões. Os regulamentos, uma vez publicados no *Diário Oficial da Comunidade Europeia*, têm alcance geral e obrigatório, aplicáveis, diretamente, em cada Estado-membro. As diretivas obrigam o Estado-membro destinatário, deixando às autoridades nacionais, no entanto, a escolha das formas e meios próprios para a sua consecução. As decisões são atos particulares para o caso concreto, portanto, uma norma individualizada;

d) *contratos coletivos internacionais*, que resultam das negociações coletivas internacionais, como a convenção coletiva da indústria de automóveis (General Motors — Ford), comum às empresas instaladas no Canadá (Toronto) e Estados Unidos da América (Detroit), convenção de empresa pactuada com o sindicato dos trabalhadores do país onde se situa o estabelecimento principal e o sindicato do segundo Estado, aplicável a ambos.

§ 6º Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Sumário: 1. O Tratado de Versalhes. 2. Convenções internacionais da OIT. 3. Tratados internacionais entre os Estados. 4. Tratado de Itaipu.

1. O Tratado de Versalhes

Para o direito do trabalho, o *Tratado de Versalhes* (1919) assumiu especial importância, pois dele surgiu o projeto de organização internacional do trabalho.

A Parte XIII desse tratado é considerada a constituição jurídica da Organização Internacional do Trabalho — OIT, e foi complementada pela *Declaração de Filadélfia* (1944) e pelas reformas da Reunião de Paris (1945) da OIT.

As Nações Unidas, pelo acordo de 30 de maio de 1946, reconheceram a OIT como "organismo especializado competente para empreender a ação que considere apropriada, de conformidade com o seu instrumento constitutivo básico, para cumprimento dos propósitos nele expostos".

Desde sua fundação, em 1919, a OIT realizou inúmeras conferências.

Os ideais que a inspiraram e os fins a que se destina estão expostos na Parte XIII do Tratado de Versalhes, que passamos a transcrever:

"Considerando que a Liga das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que tal paz só pode ser fundada sob a justiça social;

considerando que existem condições de trabalho, implicando para grande número de indivíduos misérias e privações, o que gera descontentamento tão grave, que põe em perigo a paz e harmonia universais; e considerando que urge melhorar estas condições, no que se refere, por exemplo, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra a paralisação do trabalho, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças e adolescentes, e das mulheres, às pensões de velhice e invalidez, à defesa do interesse dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas;

considerando que o alheamento de qualquer nação a um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios;

as Altas Partes Contratantes, movidas pelo sentimento de justiça e humanidade, como pelo desejo de assegurar uma paz mundial, convencionam o seguinte:

Art. 387. Fundar-se uma organização permanente encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto no preâmbulo. Os membros fundadores da Liga das Nações serão membros fundadores desta organização e, de ora em diante, a qualidade de membro da primeira implica a de membro da segunda.

Art. 388. A organização permanente compreenderá:

1) uma conferência geral dos representantes dos membros;

2) uma repartição internacional do trabalho, sob a direção de um conselho administrativo".

É composta de três órgãos: a *Conferência* ou *Assembleia Geral*, o *Conselho de Administração* e a *Repartição Internacional do Trabalho*.

A *Conferência* é órgão deliberativo e se reúne sempre que necessário em local designado pelo *Conselho de Administração*. Este exerce função executiva e é composto de representantes governamentais, de empregadores e de empregados. A *Repartição Internacional do Trabalho* é a secretaria permanente e centro de documentação, dedicando-se, especialmente, à divulgação de atividades da OIT e publicação das *Convenções* e *Recomendações*, da *Revista Internacional do Trabalho* e da *Série Legislativa*, exposição das leis trabalhistas dos países-membros.

A atividade normativa da OIT consta de *Convenções*, *Recomendações* e *Resoluções*. Dependem ou não de ratificação dos Estados soberanos.

A Conferência da Organização Internacional do Trabalho reúne-se periodicamente, votando decisões que podem obrigar os Estados-membros. Essas deliberações revestem-se da forma de convenções internacionais. Diferem, portanto, dos tratados internacionais porque, ao contrário destes, não resultam de entendimentos diretos entre os países interessados, mas sim de discussões ocorridas nos quadros da OIT, em cujo seio é processada a sua elaboração e posterior aprovação de caráter oficial.

A Repartição Internacional do Trabalho organiza um boletim, levado pelo Diretor-Geral à Conferência Geral. Existe uma *Comissão de Aplicação das Convenções*, encarregada de estudar essas informações. Uma outra forma de controle é a *reclamação*, formulada por uma associação profissional, nacional ou internacional, apreciada por um *Conselho de Administração* com poderes para ouvir o governo interessado e solicitar-lhe informações. Se não houver resposta ou no caso de explicações não satisfatórias, a reclamação é tornada pública por meio do *Boletim Oficial da Repartição Internacional do Trabalho*. Também os Estados podem apresentar *queixas*. Em casos especiais, exerce-se a intervenção da *Corte Internacional de Justiça*. A Conferência poderá eventualmente invocar a atuação do *Conselho de Segurança da ONU* sobre a recusa de um Estado em executar decisão dessa Corte. Para os assuntos de liberdade sindical, existe uma comissão especial constituída pela OIT.

Fabra Rivas[1] assim resume as suas atribuições: "Em primeiro lugar, deve realizar todos os trabalhos relativos à preparação, à organização e à execução dos acordos da Conferência Internacional do Trabalho, que se reúne ao menos uma vez ao ano e à qual cada um dos Estados-membros da Organização tem direito de enviar quatro delegados. Incumbe à Repartição o trabalho de preparação e de secretaria das comissões internacionais estabelecidas pelo Conselho de Administração; por último deve cumprir todos os trabalhos que se impõem, em matéria de conflitos internacionais, pelos Estados da OIT. A Repartição exerce, em segundo lugar, importantes funções de informação e de

1. *La Organización Internacional del Trabajo y el progreso social*, Estrutura y obra de la Oficina Internacional del Trabajo, Madrid, 1936.

investigação. Essas funções compreendem a centralização e a distribuição de informes sobre as questões relativas à regulamentação internacional das condições de vida industrial e do regime de trabalho. A distribuição das informações realiza-se de duas maneiras: por um lado, respondendo petições dos governos, das associações patronais e de empregados e demais organizações, assim como os pedidos individuais; por outro, publicando periódicos e estudos assegurando-lhes grande difusão. O número dos pedidos de informações enviados a Genebra demonstra uma constante tendência a aumentar e por isso realiza a Repartição, de maneira cada vez mais satisfatória, as esperanças que se conceberam ao ser fundada, de ver converterem-se em um verdadeiro *clearing house* internacional de informações".

O Conselho de Administração é o órgão diretivo da OIT, verdadeiro ministério integrado pelos delegados representantes dos governos, das entidades de empregados e de empregadores de cada país-membro. Geralmente, reúne-se quatro vezes ao ano. O número de seus integrantes tem aumentado. Eram 24 em princípio, depois 32 e 48. Renovam-se, a cada três anos, os quadros do Conselho de Administração. Sua principal função consiste em orientar e fiscalizar a atividade da Repartição, fixar a ordem do dia para as reuniões da Conferência e observar o processo de ratificação das convenções pelos Estados, além de organizar orçamentos e fiscalizar gastos da OIT.

Há um princípio básico que preside toda a organização e ação da OIT, o *princípio do tripartismo*, segundo o qual as questões trabalhistas devem ser resolvidas de modo conjunto entre o governo, os trabalhadores e os empregadores. Por tal motivo, as delegações que comparecem aos congressos da OIT representando os seus respectivos países obrigatoriamente terão composição tripartite. O número de Estados-membros da OIT passou de 48 em 1919 para 178 em 2008 e o Brasil é um deles.

A OIT, entre outras, tem uma função normativa.

2. Convenções internacionais da OIT

A função normativa da OIT se expressa por meio de dois tipos de instrumentos jurídicos, as convenções e as recomendações.

Convenções internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais.

Existem três tipos de convenções da OIT: as *autoaplicáveis*, que têm eficácia direta e imediata e não dependem de outra norma para a sua aplicação; as convenções de *princípios,* que dependem de leis ou outros atos para que possam ser aplicadas; e as *promocionais*, que fixam programas que devem ser implantados.

A iniciativa de propor uma convenção internacional pode partir do governo de um Estado-membro da OIT, de uma organização sindical, de uma Conferência Regional etc. Em virtude de acordo, a OIT deve incluir na ordem do dia do Conselho de Administração as questões propostas pela ONU, da qual é um órgão subsidiário.

Geralmente, cabe ao Conselho de Administração preparar os projetos de convenções a serem submetidos a discussão, o que pode ser precedido de estudos por parte de uma comissão técnica que examinará as leis nacionais em vigor sobre a questão em foco. As matérias levadas à ordem do dia passam por uma ou duas discussões na Conferência. Se rejeitada, a proposição poderá ser renovada em sessão posterior. Se aprovada, o comitê de redação redige um texto definitivo que é distribuído aos delegados. O *quorum* de votação é de dois terços de votos dos delegados presentes.

Até 2007 a OIT aprovou 188 convenções internacionais.

Jean Rivero e Jean Savatier entendem que as convenções não se incorporam *ipso facto* ao ordenamento jurídico de cada Estado, devendo ser submetidas aos órgãos competentes de cada Estado para ratificação. Na verdade, a solução depende das disposições internas do direito constitucional de cada país, como vimos ao estudar os tratados internacionais. O mais frequente é a necessidade de ratificação. A OIT não é um parlamento internacional ou uma organização supranacional com total força de determinação sobre os Estados-membros. Aproxima-se mais de uma conferência diplomática em matéria de direito do

trabalho, e, nessas condições, do assentimento dos participantes depende a força das suas decisões.

Ratificação é o ato formal de um Estado-membro da OIT pelo qual decide adotar uma convenção internacional incorporando-a ao seu direito interno. Os Estados não são obrigados a ratificar as convenções. No entanto, precisam submetê-las às autoridades competentes no prazo de um ano ou, excepcionalmente, em dezoito meses. O processo de ratificação é variável, dependendo das normas constitucionais particulares. O instrumento de ratificação deve ser comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho (RIT), que a transmitirá ao Secretário-Geral da ONU. A partir da ratificação, o Estado deve determinar todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento das disposições contidas na convenção.

As convenções internacionais revogam as leis internas com as quais se atritem?

Scelle sustenta que uma convenção ratificada derroga todas as leis contrárias e inclusive a Constituição de um país, posição considerada extremada por Bayon Chacón e Pérez Botija. A Corte de Cassação da França, em aresto de 28 de março de 1962, proclama a primazia da convenção sobre a lei interna francesa, mesmo posterior. Pensamos que o princípio da hierarquia é o da predominância da norma favorável. Assim, uma convenção internacional favorável ao trabalhador preferirá à lei interna. Se, no entanto, as disposições desta forem mais benéficas, a convenção não prevalecerá.

A OIT exerce controle sobre o cumprimento das convenções. Cada ano os Estados devem apresentar um relatório sobre as medidas adotadas no sentido de executar as disposições da convenção.

Os Estados podem denunciar uma convenção adotada. Findo o prazo de duração da vigência, uma convenção pode ser denunciada por um Estado. Se não o fizer, opera-se a sua prorrogação automática, passando a vigorar por tempo indeterminado. A denúncia é o aviso prévio pelo qual o Estado comunica à OIT a sua disposição de não continuar aplicando as normas contidas na convenção.

Revisão é o processo pelo qual a convenção é adaptada à realidade econômica e social. O regulamento da Conferência Internacional contém regras que permitem aos Estados demandar modificações totais ou parciais das convenções. Cabe ao Conselho decidir sobre essa pretensão, depois do que a matéria é incluída na ordem do dia da Conferência, à qual compete deliberar.

A interpretação das convenções internacionais, em virtude do art. 37 da Constituição da OIT, é confiada à Corte Internacional de Justiça. Praticamente, no entanto, sendo a convenção uma norma jurídica, os Tribunais de cada Estado poderão interpretá-la no exercício das suas atribuições jurisdicionais normais.

A Convenção n. 87 da OIT, de 1948, foi em parte seguida pela Constituição de 1988, que assegurou a livre criação de sindicatos.

Nela encontram-se os princípios que, de acordo com o consenso dos povos, devem ser observados para que o Brasil seja incluído entre os países não autoritaristas e que respeitam a autonomia privada coletiva na ordem trabalhista.

Permitam-me transcrever alguns dos seus principais dispositivos.

Dispõe o art. 2º:

"Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituir organizações de sua escolha, assim como de filiar-se a estas organizações, com a única condição de se conformar com os seus estatutos".

O art. 3º declara:

"As organizações de trabalhadores e de empregadores têm o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar sua gestão e sua atividade e de formular seu programa de ação.

As autoridades públicas devem abster-se de qualquer intervenção capaz de limitar este direito ou de lhe impedir o exercício legal".

O art. 4º disciplina:

"As organizações de trabalhadores e de empregadores não ficam sujeitas à dissolução ou à suspensão por via administrativa".

E o art. 5º proclama:

"As organizações de trabalhadores e de empregadores têm o direito de constituir federações e confederações, assim como de nelas filiar-se, e toda organização,

federação ou confederação tem o direito de filiar-se a organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores".

As disposições aprovadas pela Conferência da OIT, quando não contam com número suficiente de adesões para que se transformem em convenções, são promulgadas como simples Recomendações. Valem, apenas, como sugestão destinada a orientar o direito interno de cada Estado. Portanto, assinalam diretrizes em matérias nas quais é difícil lograr uma generalidade de aprovação. Bayon Chacón e Pérez Botija entendem que as Recomendações, sob o ponto de vista das fontes jurídico-positivas, não têm outro valor que o de autorizados conselhos que cada país deve comunicar à autoridade competente se estima apropriada uma regulamentação nacional coerente com o conteúdo dos seus dispositivos. Assim, trata-se de mera sugestão ao Estado, em forma de norma jurídica programática. Alfredo C. Ortiz procura fixar a diferença entre *convenção* e *recomendação* nos seguintes termos: "Se o Parlamento rechaça a recomendação ou o projeto de convenção, mantém-se a identidade entre ambas as disposições da Conferência. O Estado que rejeitar o projeto ou a recomendação não fica a nada obrigado. Mas, se o Parlamento aprova a matéria submetida a estudo, surge imediatamente uma diferença. O Estado que aprova uma recomendação faz eco simplesmente de uma aspiração da Conferência".

3. Tratados internacionais entre os Estados

A experiência jurídica revela a existência de determinadas formas de direito do trabalho, no plano internacional, cuja importância merece a preocupação de quantos se dedicam ao estudo desse ramo especializado. Distinguem-se das demais normas de direito principalmente quanto ao âmbito da validade e processo de elaboração. O seu alcance não se restringe a um só Estado. São os *tratados internacionais*. Vem, aqui, a discussão sobre a viabilidade de um direito internacional.

O direito do trabalho demonstra a *possibilidade de um ordenamento jurídico supraestatal.*

Para Bayon Chacón e Pérez Botija, na situação atual a comunidade internacional não é fonte de produção de direito independente das que integram cada um dos Estados que a compõem. As normas assim

elaboradas não constituiriam exatamente uma norma autônoma no sentido jurídico-positivo, mas sim parte do direito do Estado no qual se incorporam, não só mediante o instrumento jurídico interno estatal de ratificação, mas por meio de normas legais e convencionais que convertem o tratado (direito para o Estado) em regra obrigatória para as partes das relações jurídicas trabalhistas individuais ou coletivas.

Também Manuel Alonso García não inclui a ordem internacional entre as forças com faculdade normativa por entender que as suas normas nascem da vontade dos Estados, dependendo, portanto, do seu consentimento.

Outra no entanto e mais acertada é a posição de Paul Durand, Gerhard Boldt, Armand Kayser, adeptos da existência de um direito internacional. Pensamos que a discussão não se justifica. As convenções e os tratados internacionais constituem *formas* de direito positivo do trabalho. Irrelevante é saber se nascem em decorrência da vontade dos Estados, pois esse problema é apenas de origem e não de existência. Na apreciação ontológica dos modelos jurídicos é inadmissível negar que existem convenções e tratados internacionais. Observe-se ainda que a internacionalização do direito do trabalho é altamente recomendável dentro de certos pressupostos, não só pelo aspecto de unidade de tratamento jurídico de proteção ao trabalhador, mas também como modo de realização de um ideal de paz e entendimento entre os povos, bem como para a maior facilidade de migração de mão de obra entre os diversos países.

Tratados internacionais trabalhistas são normas jurídicas constituídas por meio de negociações diretas de Estado para Estado, destinadas a resolver ou prevenir situações ou estabelecer regras sobre condições de trabalho que servirão de modelo para a solução de casos futuros.

Os tratados internacionais de natureza trabalhista são uma inovação do século XX (Paul Pic). Entre os primeiros conhecidos, estão os tratados franco-italianos de 1904, de 1906 e de 1910, versando sobre proteção do operário, infortunística e proteção do menor, respectivamente.

Quanto aos sujeitos, os tratados internacionais são *bilaterais* ou *multilaterais*, desde que vinculem dois ou mais Estados. Regulam

matéria de previdência social, migração, reciprocidade de condições gerais de trabalho, igualdade salarial, organismos de proteção ao trabalho etc. A sua eficácia sujeita-se às vezes à *ratificação* de cada Estado signatário. Outras vezes passam a ter *efeito obrigatório direto e independente de ratificação*, tudo dependendo das disposições constitucionais de cada Estado soberano. *Quanto ao conteúdo*, há tratados de seguridade social para reciprocidade de tratamento entre os países signatários, tratados de cooperação social para troca de informações técnicas e tratados de imigração.

Nos Estados Unidos a Constituição dispensa ratificação: "Esta Constituição, as leis dos Estados ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país" (art. VI). A Constituição da França de 1958, nos arts. 52 a 55, exige ratificação. A Constituição italiana de 1947, no art. 80, referindo-se aos tratados de natureza política, pressupõe ratificação.

No Brasil, compete à União celebrar tratados e convenções e participar de organizações internacionais, e ao Presidente, a celebração e ratificação de tratados, *ad referendum* do Congresso Nacional[2].

Constituição Federal de 1988, art. 49:

"É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I — resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Constituição Federal de 1988, art. 84:

"Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII — celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

Pontes de Miranda, comentando a Constituição brasileira de 1967, ensina que quando algum tratado, convenção ou acordo é firmado por embaixador ou outros diplomatas ou pessoas com poderes, o Presiden-

2. O Brasil tem tratados internacionais trabalhistas previdenciários com Portugal, Espanha e Itália e tratado mais amplo com o Paraguai, o Protocolo de Itaipu.

te da República tem de ratificá-lo. A ratificação é o passo para a aprovação ou desaprovação pelo Congresso Nacional. Se o Poder Legislativo sugere modificações, o Presidente da República deve interpretar que o tratado não conseguiu aprovação e entabulará, ou não, a seu juízo, as negociações. A iniciativa dos projetos de aprovação de tratados, convenções ou acordos é do Presidente da República, e a discussão cabe, primeiro, à Câmara dos Deputados, salvo se, urgente a medida, o Presidente solicitar apreciação em sessão conjunta.

O campo dos acordos internacionais é amplo.

Hildebrando Accioly conceitua os *acordos* ou *ajustes* entre Estados como atos jurídicos por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais Estados. Ordinariamente, dá-se-lhes a denominação genérica de *tratados*, mas, conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto, ou o seu fim, podem ter essa mesma denominação ou várias outras. Entre estas figuram as de *convenção*, *declaração*, *protocolo*, *convênio*, *acordo*, *ajuste*, *compromisso*, *"modus vivendi"* etc.

A convenção não difere do tratado quanto à sua estrutura e é empregada como sinônimo. A *declaração* serve para proclamar regras ou princípios de direito internacional, esclarecer ou interpretar algum ato, além de outros efeitos restritos.

O protocolo é o documento no qual se consigna o acordo a que chegam os negociadores de um tratado; serve também para designar um acordo menos formal do que os tratados ou indicar o ato final de encerramento de uma conferência internacional.

Convênio, *acordo* ou *ajuste* empregam-se como termos genéricos ou, em outras vezes, designam compromissos de importância restrita.

As *notas reversais* servem para consignar que a declaração pela qual um Estado reconhece que certa concessão especial a ele feita por outro Estado não derroga direitos e prerrogativas anteriores ou, ainda, destinam-se a registrar concessões recíprocas dos Estados subscritores.

Assinale-se, como faz Carlos Roberto Husek, em *Curso de direito internacional público* (2002), que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho — OIT são tratados normativos caracterizados pela participação das delegações que representam os Governos de cada país que votam na sua aprovação. Fica, assim, claro que, em

substância, é difícil encontrar uma diferença entre tratados internacionais e convenções da OIT. A diferença, no entanto, está no procedimento ontogênico, porque os tratados podem ser concretizados diretamente entre um ou mais países, enquanto as Convenções surgem no âmbito de um organismo internacional no qual se dá a sua origem.

Entre os tratados de que o Brasil é signatário em matéria trabalhista, destaquem-se o *Tratado de Itaipu com o Paraguai* (1973), sobre aplicação de normas trabalhistas às relações de emprego em Itaipu, e o *Tratado de Assunção* (1991), que criou o Mercosul.

Outras formas de pactuação internacional têm nomes diferentes, como *protocolos e acordos,* encontrados nas relações internacionais.

O Brasil assinou vários Tratados de Previdência Social: o *Tratado Brasil-Luxemburgo de Seguridade Social* (1965); os *Acordos de Previdência Social Brasil-Espanha e Brasil-Portugal* (1969); a *Convenção Ibero-americana de Cooperação em Seguridade Social* (1981); o *Acordo de Previdência Social Brasil-Itália* (1973); o *Acordo Brasil-Cabo Verde*; o *Acordo de Previdência Social Brasil-Uruguai e Brasil-Chile* (1980); o *Acordo de Previdência Social Brasil-Argentina* (1980); e o *Acordo Multilateral de Seguridade Social del Mercado Comum del Sur* (1997), sobre reciprocidade de tratamento previdenciário entre os países signatários que são os integrantes do Mercosul.

4. Tratado de Itaipu

O Tratado de Itaipu (art. XX) estabelece que as Altas Partes Contratantes, a República do Paraguai e a República Federativa do Brasil, por meio de um protocolo adicional, adotariam, como adotaram, as normas jurídicas aplicáveis às relações de trabalho e previdência social dos trabalhadores contratados por Itaipu.

O Protocolo de Assunção (1974), com o objetivo de instituir um regime jurídico justo e equitativo, aplicável às relações de trabalho dos empregados contratados pela Itaipu, independentemente da sua nacionalidade, estabeleceu normas uniformes:

1) jornada normal de oito horas, com intervalo para descanso e alimentação, salvo para ocupantes de cargos de direção ou de imediata confiança da Administração;

2) mediante acordo individual ou coletivo, a possibilidade de até duas horas extras diárias, com adicional de pelo menos 25%, nas atividades que pela sua natureza devam ser executadas por mais de uma turma, salvo para menores de dezoito anos e mulheres;

3) possibilidade de compensação de horas;

4) faculdade de prorrogação da jornada, com adicional de 25% em casos de força maior ou para atender à realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa ser manifestamente prejudicial à empresa;

5) adicional noturno de 25%, considerada noturna a jornada entre as vinte e uma e as cinco horas e trinta minutos;

6) descanso semanal remunerado, preferencialmente nos domingos e nos feriados;

7) aviso prévio de 30 dias para aquele que quiser rescindir o contrato sem prazo;

8) indenização de dispensa sem justa causa, tomando por base um mês da maior remuneração por ano de serviço efetivo ou fração superior a seis meses;

9) indenização de 70% desse valor no término do contrato por obra certa;

10) previsão de acordo complementar sobre adicional de 20% a 40% pelo trabalho prestado em condições insalubres e de 30% ao prestado em contato permanente com inflamáveis e explosivos, não admitida a acumulação dos dois acréscimos;

11) direito de equiparação salarial para trabalho de igual natureza, eficácia e duração, sem afetar diferenciação salarial proveniente da existência de um quadro de carreira.

Depois de 1974 a legislação trabalhista brasileira sofreu diversas alterações.

Em 1988, o Congresso Nacional aprovou uma nova Constituição com a qual se atritaram alguns dispositivos da CLT.

O desemprego estrutural afetou a sociedade, comprometendo princípios que sempre foram consagrados; a redução das desigualdades sociais transformou-se na grande aspiração de todos; as empresas

procuram reduzir gastos para enfrentar a competição da economia de mercado, terceirizam serviços à procura de uma racionalização produtiva e diminuição de gastos; o avanço da tecnologia substitui o trabalho humano pelo automatizado; a facilidade das comunicações intensifica os negócios numa dimensão mundial; o movimento sindical perdeu muito do seu poder de negociar; aumentaram as negociações coletivas em nível de empresa; a Europa instituiu um superdireito comunitário, e o Tratado de Assunção (1991) criou o Mercosul.

Deu-se a redução dos níveis de proteção ao trabalhador quanto aos seus direitos econômicos e a ampliação do garantismo dos seus direitos de personalidade e da sua dignidade. É o que explica as novas figuras jurídicas: a ampliação dos contratos de trabalho a prazo; a autorização constitucional da redução de salários por acordos e convenções coletivas; a variabilidade da remuneração relacionada com a produtividade; a participação nos lucros ou resultados; o aumento em 1/3 da remuneração das férias; o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; a desvinculação salarial de algumas utilidades; o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a elevação dos meios de proteção ao emprego da gestante; o rigoroso combate ao trabalho em condições análogas à de escravo etc.

O ordenamento jurídico do Paraguai também passou por importantes modificações: a Constituição de 1992, a Lei n. 213, novo Código do Trabalho e a Lei n. 496, de 1994, que o alterou em alguns pontos. A Constituição e o Código do Trabalho de 1993 promoveram avanços no direito interno: a defesa do trabalho como um direito e um bem social que goza da proteção do Estado; a condenação da ideia do trabalho como mercadoria; a exigência do respeito às liberdades e à dignidade de quem trabalha; o respeito à vida, à saúde, a um nível econômico compatível com as responsabilidades do trabalhador; a proibição de discriminações por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou condição social; a limitação da jornada de trabalho dos menores entre 15 e 18 anos a 6 horas por dia e 36 horas semanais; o direito de criar sindicatos sem necessidade de autorização prévia; a presunção da existência de contrato de trabalho entre aquele que dá trabalho e aquele que o presta; a nulidade da renúncia de direitos trabalhistas.

Integra-se ao ordenamento normativo de Itaipu o Código de Ética.

A questão central que se coloca está em saber quais seriam os efeitos, numa empresa binacional em que as relações de trabalho são regidas por instrumento internacional próprio, aplicável a paraguaios e brasileiros que nela trabalham, das leis nacionais aprovadas posteriormente e que entram em vigor no ordenamento jurídico de um e de outro país.

Em outras palavras, quando num país o sistema jurídico interno é acrescido de novas leis, estas repercutem sobre o tratado instituidor das regras trabalhistas que definem as relações entre a empresa binacional e seus empregados, acrescendo-o dos novos direitos inseridos na legislação do país que as aprovou para o seu sistema interno?

Esta é a discussão.

Hipoteticamente, portanto, para a discussão —, e antes de opinar —, mais de uma resposta pode ser dada.

Primeira resposta: a conectividade entre as leis que vão sendo aprovadas em cada país e a sua integração ao ordenamento jurídico binacional dele, passando a fazer parte integrante das normas trabalhistas fundantes do sistema originário. Nesse caso, diversas são as consequências que derivariam dessa premissa. Não há dúvida que, se assim fosse, haveria uma constante alteração do quadro normativo inicial, que desse modo seria constantemente modificado, perdendo a sua imutabilidade e o sentido prospectivo que o direito positivo deve ter. Com efeito, o direito é um vir a ser constante, historicamente posto num movimento integrativo dos fatos que se alteram, dos valores que prevalecem em dado momento da história e passam a disciplinar o comportamento das pessoas e das sociedades.

Todos sabemos que o ideal não é a imutabilidade, mas a adaptabilidade do direito no espaço e no tempo. Todavia, isso não responde a outras questões. Como manter a unidade de direitos e deveres trabalhistas numa empresa binacional, formada que é por dois países, cada qual com um sistema legislativo próprio e independente para legislar sobre matérias diferentes daquelas que são aprovadas pelo outro país? A conexão far-se-ia com as leis posteriores de ambos os países ou com as leis posteriores de apenas um deles? Se as leis posteriores de ambos os países passassem a integrar o ordenamento unitário binacional, como

conciliar a diversidade de conteúdo das leis posteriores de cada país com a unidade necessária do ordenamento binacional? Seria possível a gestão empresarial de uma empresa binacional diante de um mosaico legislativo de fins, interesses e diretrizes estabelecidas para efeitos internos de um dos dois países integrantes de uma comunidade internacional?

É fácil ver, portanto, as aporias que nos levam a não reconhecer essa solução como a mais indicada para a situação. Estamos debatendo quais seriam os efeitos, numa empresa binacional cujas relações de trabalho são regidas por um único e uniforme instrumento internacional, da aplicação de leis posteriores nacionais oriundas de cada um dos países-membros.

A segunda resposta, nessa discussão, é pela ineficácia das leis posteriores internas de cada país no sistema integrado. Impediria a desintegração do sistema. A eficácia das leis trabalhistas que viessem a ser aprovadas em cada país e integradas ao sistema unitário ficaria ameaçada, ocorrendo desordem. Seria o mesmo, guardadas as proporções, que a integração, no sistema normativo da União Europeia, não apenas das leis próprias gerais, mas também das leis aprovadas pelo Parlamento de cada país integrante da Comunidade, o que seria impraticável e acabaria por desestabilizar o direito comunitário, que está acima do direito interno de cada país-membro.

A algumas conclusões é possível chegar, sempre com a ressalva inicial de que refletem o que penso e não necessariamente o correto nem o melhor para as relações de trabalho em Itaipu:

1) As leis posteriores de um país refletem um interesse próprio nacional. Podem ou não coincidir com o interesse comum dos membros da binacional. Esta tem os seus interesses específicos. Igualam-se ou não com os interesses independentes de cada país e do juízo de oportunidade e conveniência dos respectivos Parlamentos nacionais.

2) Não se pode cogitar de aplicação do princípio da norma mais favorável porque a legislação concernente ao Tratado de Itaipu é específica para reger as condições de trabalho dos empregados em Itaipu, e assim constitui legislação especial.

3) Em razão da teoria do conglobamento, não se pode pinçar norma de um estatuto para aplicar em outro.

4) Não se pode deixar de aplicar o Protocolo Adicional que fixa os direitos e deveres das partes dos contratos de trabalho em Itaipu porque um tratado internacional tem força de lei federal no ordenamento interno do país.

5) O Protocolo Adicional sobre Relações de Trabalho e Previdência Social, firmado entre Brasil e Paraguai, foi recepcionado em nossa legislação por meio de decretos.

6) A ausência da celebração do acordo complementar dispondo sobre determinada matéria de Relações de Trabalho e Previdência Social exime a empresa da obrigação de pagar, uma vez que a inexistência de regulamentação específica a respeito significa que não houve o propósito binacional de conferir o direito, e que, se remetida for a questão para a legislação vigente no país em que se deu a celebração do contrato de trabalho, estará criada uma dualidade de tratamento que contraria o princípio unificador do Tratado.

7) O Tratado de Itaipu é singular e sua finalidade é tornar possível a igualdade de direitos entre os trabalhadores da empresa binacional, evitando-se, assim, a disparidade de tratamento entre eles, e essa é a sua ideia fundante, que emana da sua própria razão de ser.

8) Tendo em vista a finalidade do Tratado de Itaipu, fica desautorizada interpretação que possa conduzir à prevalência de leis posteriores domésticas, que se prevalecessem trariam uma situação que foi exatamente a que o Tratado procurou evitar.

9) Caso leis posteriores do Brasil fossem aplicadas a brasileiros e leis posteriores do Paraguai aos paraguaios, a dualidade de situações entre pessoas que trabalham na mesma empresa poderia desencadear uma sequência de ações judiciais de equiparação com base no princípio da isonomia, consagrado pelas leis dos dois países.

10) O meio de evitar a petrificação dos direitos trabalhistas de 1974 é avançar para a atualização do modelo, pondo-o em consonância com as exigências contemporâneas assinaladas pelas leis posteriores dos dois países, por via própria, isto é, o protocolo adicional pactuado entre as partes signatárias do Tratado.

11) Nada impede que se deleguem poderes para que a empresa, diretamente com os seus trabalhadores, incorpore os avanços do direito do trabalho por iniciativa da binacional.

§ 7º Direito comunitário

Sumário: 1. Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (1951). 2. União Europeia. 3. Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa.

1. Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (1951)

Razões diversas estão levando países geograficamente próximos, e que possam ter os mesmos interesses, a se unirem, harmonizando algumas diretrizes comuns que passam a ser observadas no desenvolvimento das suas atividades conjuntas em nível internacional e com reflexos internos imediatos.

Para esse fim, tais países passam a ter determinado tipo de organização supranacional, mantida a soberania e independência nacionais, constituindo uma Comunidade, ideia que é antiga e que se concretizou depois da Segunda Guerra Mundial por meio de propostas de criação de organismos europeus regionais.

O instrumento jurídico que se adota para a estruturação formal das Comunidades é o *tratado internacional*, que, como todo tratado, é um documento no qual os países assumem compromissos internacionais, um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.

Assim nasceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço — CECA, com o Tratado de Paris, de 1951, que se transformou em outras Comunidades, com a finalidade principal de tornar acessível a produção do aço e do carvão da França e da Alemanha aos demais países

europeus, sob a direção de uma Alta Autoridade acima dos Estados integrantes da mesma e que, por livre decisão interna, se dispusessem a seguir uma diretriz comum, objetivo, como se vê, marcadamente de natureza econômica. O Euratom surgiu em Roma, em 1957, com o objetivo de conseguir a unidade europeia no campo da pesquisa nuclear. O Mercado Comum Europeu visou à adoção de uma política econômica comum, ao aumento do intercâmbio comercial, à estabilidade e à melhoria dos padrões de vida como objetivos primeiros, embora não únicos.

Com efeito, as Comunidades encontram, como sua grande motivação, imperativos de ordem econômica, tais como: a eliminação de barreiras alfandegárias para permitir a livre circulação de mercadorias em seu espaço geográfico, com a redução das alíquotas de tributação que oneram as mercadorias produzidas pelas indústrias dos países integrantes, o que permite a redução de custos, a troca comercial mais fácil e, em consequência, o aumento do mercado consumidor com a geração de efeitos sobre toda a economia dos países, inclusive de natureza trabalhista; a geração de empregos onde a produção industrial passa a ser maior, apesar da possibilidade de elevação do desemprego nos locais em que essas atividades são afetadas pela importação, daí a necessidade de controle adequado sobre o fluxo comercial.

Coexistem motivações de natureza política que inspiram a instituição das Comunidades. A ideia básica que deu origem à CECA foi a realização progressiva, na Europa, de uma unificação para pôr fim ao antagonismo franco-alemão. As razões unificantes podem ser ambas, políticas e econômicas, como a possibilidade, do bloco de países que se forma, de negociar com maior força com outros grupos ou Comunidades internacionais, em melhores condições de troca comercial favorável do que na hipótese de discussão isolada de um país com outra comunidade ou outro país de porte político-econômico maior.

A criação das Comunidades é sempre precedida de estudos técnicos que depois são levados a nível político, envolvendo os mais variados aspectos, sobretudo o que diz respeito à livre circulação dos trabalhadores para que possam exercer suas atividades profissionais em qualquer país integrante da Comunidade, sem maiores entraves burocráticos, salvo razões de ordem pública ou de saúde pública.

Não há dúvida que as Comunidades influem no direito do trabalho interno de cada país diante da necessidade de nivelamento dos encargos sociais que oneram o custo da mão de obra.

Na Europa, o desenvolvimento dessas ideias e estruturas levou à criação da Comunidade Europeia, e na América do Sul, do Mercosul.

Nessa perspectiva é que se desenvolvem os estudos sobre as experiências de integração regional, que são muitas, podendo-se, assim, falar em sistemas de integração e em blocos regionais como um dos aspectos da globalização político-econômica que dá sustentação ao direito comunitário.

Existem blocos regionais mais amplos e menos amplos, em maior ou em menor grau de integração e evolução, altamente consolidados ou que nasceram e desapareceram: a Alalc (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), de 1960; a Aladi (Associação Latino-Americana de Integração), de 1980, que a sucedeu; a Comunidade Andina (CAN); o Mercado Comum Centro-Americano (MCCA); a Comunidade Caribenha (Caricom); a Área de Livre Comércio das Américas (Nafta); a Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean); a Conferência Econômica para a Região Ásia-Pacífico (Apec); e certamente outras que virão.

2. União Europeia

A Comunidade Europeia evoluiu para União Europeia, sistema de organização supranacional que surgiu na Europa, a partir das Comunidades. No começo envolveu seis países, ampliando-se para doze; iniciou-se com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço — CECA (Tratado de Paris, de 1951), que originou a Comunidade Econômica Europeia — CEE, a Comunidade Europeia da Energia Atômica — CEEA ou Euratom (Tratado de Roma, de 1957), além de diversos outros documentos complementares, entre os quais o Tratado de Maastricht (1992), que estabeleceu novas etapas unificadoras das quais esse Tratado é de importância fundamental porque criou a União Europeia (1992). Esta é, portanto, uma sequência das Comunidades. O Tratado de Maastricht foi revisto pelo Tratado de Amsterdam (1997), pelo Tratado de Nice (2001) e pelo Tratado de Lisboa (2007). A União Europeia funda-se nas Comunidades.

Embora não se configure como tal, possui uma estrutura em moldes semelhantes aos de um Estado. Tem um parlamento no qual os países-membros deliberam sobre as diretrizes comuns comerciais, econômicas e, também, trabalhistas, visando à harmonização dos seus interesses e com reflexos sobre a instituição de regras, às quais o direito interno de cada país deve aproximar-se; um órgão executivo encarregado de administrá-la; e um órgão do tipo judicial que profere decisões sobre as controvérsias que venham a surgir.

Seus órgãos são: Parlamento, Conselho (Comum com as Comunidades), Conselho Europeu, Comissão, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas.

Um dos seus objetivos são a elevação acelerada do nível de vida e a promoção da melhoria das condições de trabalho e do diálogo social. Um dos seus documentos, o *Ato Único Europeu*, de 1986, ressalta a importância da segurança e da saúde dos trabalhadores. Foi criado o Fundo Social Europeu, destinado a facilitar o acesso ao emprego e a mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores, visando a eliminar o desemprego e o subemprego estruturais que afetam algumas regiões.

Diversos são os instrumentos institutivos da União Europeia, mas o principal é o Tratado de Maastricht (1992), que a instituiu; o *Livro Verde — Política Social Europeia* (1993); o *Livro Branco* (1994), sobre a compatibilização entre competitividade e progresso social; o *Tratado de Amsterdam*; e o *Acordo sobre Política Social* do Tratado da União Europeia, que, no entanto, excluiu da competência normativa comunitária três temas: o direito de associação, o direito de greve e o locaute (art. 2º, 6).

O Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, alterou o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia. São transcritos alguns tópicos. Fixou importantes princípios que modificaram os objetivos iniciais das Comunidades, meramente econômicos, em culturais e humanísticos, como se vê a seguir:

"ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA
E NO TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE EUROPEIA

ARTIGO 1º

O Tratado da União Europeia é alterado nos termos do presente artigo.

PREÂMBULO

1) O preâmbulo é alterado do seguinte modo:

a) É inserido o seguinte segundo considerando:

'INSPIRANDO-SE no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de direito';

b) No sétimo considerando, que passa a ser o oitavo considerando, os termos 'do presente Tratado' são substituídos por 'do presente Tratado e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia';

c) No décimo primeiro considerando, que passa a ser o décimo segundo considerando, os termos 'do presente Tratado' são substituídos por 'do presente Tratado e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia'.

DISPOSIÇÕES GERAIS

2) O artigo 1º é alterado do seguinte modo:

a) No final do primeiro parágrafo é aditado o seguinte trecho:

'…, à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objectivos comuns';

b) O terceiro parágrafo passa a ter a seguinte redacção:

'A União funda-se no presente Tratado e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designados 'os Tratados'). Estes dois Tratados têm o mesmo valor jurídico. A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia.'

3) É inserido o artigo 1º-A:

'ARTIGO 1º-A

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.'

4) O artigo 2º passa a ter a seguinte redacção:

'ARTIGO 2º

1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.

2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira

externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.

3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança.

A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros.

A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu.

4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro.

5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.

6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados.'

5) É revogado o artigo 3º e é inserido o artigo 3º-A:

'ARTIGO 3º-A

1. Nos termos do artigo 3º-B, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.

3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.

Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.'

6) É inserido o artigo 3º-B, que substitui o artigo 5º do Tratado que institui a Comunidade Europeia:

'ARTIGO 3º-B

1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo.

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados.

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.'"

O *direito comunitário* compreende dois tipos de normas jurídicas: o *direito originário* ou *primário* de hierarquia superior, integrado por tratados fundacionais ou modificativos, e o *direito derivado*, constituído de regulamentos, diretivas e decisões. O *regulamento* tem alcance geral, é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em cada Estado-membro. A *diretiva* obriga ao Estado-membro desti-

natário. Cabe às autoridades nacionais a escolha da forma e dos meios de aplicação. A *decisão* é ato normativo de caráter particular.

São princípios previstos pelo direito primário (Tratado de Maastricht): a livre circulação de trabalhadores no território dos países integrantes da União Europeia (art. 38), a formação profissional (art. 146), as boas condições de vida e de trabalho (art. 136), a igualdade de oportunidades e de trabalho (art. 119), a igualdade entre homens e mulheres (art. 1º), a não discriminação (art. 13) e a promoção da negociação coletiva e do diálogo social (art. 118).

São Diretivas estabelecidas pelo direito secundário: trabalho a prazo (99/70), trabalho a tempo parcial (97/81), trabalho dos jovens (94/33), trabalho dos deficientes (Recomendação n. 86/379), trabalho a domicílio (Recomendação n. 97/320), insolvência do empregador (809/987 e 2000/74), dispensas coletivas (98/59 e 75/129), transferência de estabelecimentos ou empresas (2001/23), Conselhos de Empresas (9.943/45 e 97/74), participação dos trabalhadores (2001/86) e direito de informação e de consulta (2002/1).

Nas questões de hierarquia entre o direito da União Europeia e o nacional é observado o *princípio da primazia* das normas jurídicas da União, uma vez que outro entendimento seria contrário aos fins da instituição. Com isso esse direito integra-se no ordenamento jurídico interno do Estado-membro da União. Todavia, como observam Palomeque e De la Rosa, a primazia desse direito não afeta as normas constitucionais, e a eventual colisão entre as duas ordens normativas tem sido solucionada pelo respeito à norma constitucional de cada país. Essa diretriz, todavia, não é aceita de modo pacífico.

A aplicação judicial desse direito corresponde aos órgãos judiciais dos Estados-membros da União, portanto aos juízes nacionais, sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Entre os meios impugnativos processuais que podem ser propostos nesse Tribunal está o *recurso por descumprimento*, cabível quando o Estado não cumpre obrigações a que se comprometeu pelos Tratados.

O direito social comunitário vem merecendo especial atenção dos juristas europeus especializados em direito do trabalho e que dedicam amplo espaço ao seu estudo, como se vê na Itália, entre outras, na obra de Luisa Galantino, *Diritto del lavoro* (1993); na Espanha, com Ma-

nuel-Carlos Palomeque Lopez e Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo* (1994).

A *União Europeia* tenta promover a ideia do diálogo social europeu como meio de impregnar, no processo constitutivo da sua comunidade de fins econômicos, a preocupação com os aspectos sociais, a abertura de espaços para a participação das organizações sindicais e representativas dos trabalhadores e empresas em nível comunitário e a ampliação da negociação coletiva em esfera transnacional.

As tendências do direito do trabalho na União Europeia estão claras.

Desenvolvem-se, desde 1995, quando foi assinado o primeiro instrumento, o acordo coletivo em nível comunitário europeu, facultando uma licença remunerada para o empregado.

A União Europeia procura desenvolver, por meio de diversas declarações e atos, a ideia do diálogo social europeu como meio de impregnar, no processo constitutivo da sua comunidade, de fins econômicos, a preocupação com os aspectos sociais, tentativa de abrir espaços para a participação das organizações sindicais e representativas dos trabalhadores e empresas em nível comunitário, e encontrar formas que permitam o desenvolvimento da negociação coletiva em esfera transnacional.

O Tratado de Maastricht (1992) não se afasta dessa linha, a mesma do Livro Verde — Política Social Europeia (1993), do Livro Branco (1994) sobre compatibilização entre competitividade e progresso social e do Tratado de Amsterdam (1997).

As questões de organização sindical e greve são consideradas internas, não comunitárias, insuscetíveis de normatização pela União Europeia, restritas à competência nacional de cada país. Essa restrição é fruto das imposições da Inglaterra; e, também, porque a regulamentação desses temas, em dimensão comunitária, poderia produzir efeitos contrários aos objetivos comunitários. Por esses motivos, o Acordo sobre Política Social, do Tratado da União Europeia, excluiu da competência normativa comunitária os três temas: o direito de associação, o direito de greve e o *lockout* (art. 2º, 6).

Mas, o direito de negociação coletiva foi reconhecido. A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais, de Estrasburgo (1989), com restrições do Reino Unido, e o Acordo sobre Política Social, ane-

xo ao Tratado de Maastricht, o reconhecem. Este último declara: "o diálogo social entre partes sociais no nível comunitário pode conduzir, se estes entenderem desejável, a relações contratuais, incluindo acordos" (art. 4º, 1).

A Diretiva n. 94/45/CE torna obrigatória a constituição de uma comissão interna de representação dos trabalhadores, o comitê de empresa, ou a criação de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas e grupos de empresas. Essa regra é aplicável às empresas que tenham, pelo menos, 1.000 trabalhadores e, pelo menos, duas filiais em dois Estados-membros da União, tendo, cada um, pelo menos, 150 trabalhadores.

Em 1997, foi pactuado o acordo coletivo, para melhoria do emprego na agricultura, entre a FEA — Federação Europeia Agrícola e a CES — Confederação Europeia de Sindicatos, de um lado, e o GEOPA — Grupo Europeu de Organizações Patronais Agrícolas e a COPA — Confederação de Organizações Patronais Agrícolas, de outro.

Como mostra Luisa Galantino, em *Lineamenti di diritto comunitario del lavoro* (1997), na União Europeia, os contratos coletivos podem surgir diretamente do diálogo entre as partes sociais em nível comunitário, ou no curso do processo de consulta as partes podem informar à Comissão da sua disponibilidade em concluir acordos coletivos, iniciando uma negociação de duração normalmente não superior a nove meses. Lembre-se que existem, no sistema europeu de relações de trabalho, representações em nível comunitário.

A Diretiva n. 75/129 (art. 2º) declara que, quando o empregador pretender efetuar dispensas coletivas, deve proceder a consultas aos representantes dos trabalhadores, tendo em vista a verificação da possibilidade de um acordo, examinar as possibilidades de evitar as dispensas ou reduzir as suas dimensões e impactos. É facultada aos representantes dos trabalhadores a possibilidade de formular propostas e o direito de receber, do empregador, informações úteis sobre os motivos das dispensas, número dos que serão despedidos, total de empregados na empresa e período durante o qual as rescisões contratuais ocorrerão.

A dispensa coletiva, segundo a mesma Diretiva, é um procedimento no qual a consulta é valorizada, precedendo o possível acordo que definirá as condições a serem cumpridas para a sua efetivação, cumprindo, assim, uma importante função, motivadora do entendimen-

to entre as partes. Como se vê, a consulta não é o acordo. É um mecanismo introdutório ou meramente de troca de informações, ainda que sem acordo.

Além da contratação coletiva, outro instrumento utilizado para a realização do diálogo social é a consulta entre as partes sociais, prevista pela Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (art. 17) como mecanismo pelo qual são desenvolvidas a informação e a participação dos trabalhadores, consideradas as práticas observadas nos diversos países, nas empresas e nos grupos de empresas, em especial nos seguintes momentos: a) na introdução de mudanças tecnológicas que possam ter uma acentuada incidência nas condições de trabalho e na organização do trabalho; b) por ocasião da reestruturação ou fusão de empresas com reflexos sobre os empregos; c) quando determinada política ocupacional seguida pela empresa possa ter repercussões sobre os trabalhadores.

Como se vê, a experiência da União Europeia será da maior utilidade para as diretrizes a serem estabelecidas na harmonização das legislações dos países integrantes do Mercosul.

3. Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa

Relatório da *Associação de Estudos Laborais*, publicado com o nome de Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa (2003), do qual participaram Alain Supiot (Professor da Universidade de Nantes), Maria Emilia Casas (Professora da Universidade Complutense de Madri), Jean De Munck (Professor da Universidade de Lovaina), Peter Hanau (Professor da Universidade de Colonia), Anders Johansson (Professor da Universidade de Estocolmo), Pamela Meadows (Professora do *Policy Studies Institute*, de Londres), Enzo Mingione (Professor da Universidade de Pádua), Robert Salais (Diretor do Laboratório *Institutions et Dynamiques Historiques de l'Economie*) e Paul Van der Heijden (Professor da Universidade de Amsterdam), chegou às seguintes principais conclusões:

1) O modelo de regulação socioeconômica no qual se apoiava o direito do trabalho desde o início do século está em crise, com as alterações que se processaram em relação à empresa, ao sindicato e ao Estado.

2) Na empresa, deu-se a reorganização interna do trabalho, a produção tornou-se mais seletiva, com produtos não estandartizados, o que pressupõe uma aprendizagem mais larga e contínua do trabalhador; as mulheres entraram em massa no mercado de trabalho, minando o modelo patriarcal fordista; a estabilidade no emprego cede lugar a contratos mais aleatórios; em face do desemprego, que nasceu da crise econômica, os sindicatos foram levados a redefinir a sua função, voltando-se para a defesa do próprio emprego, da sobrevivência da empresa e da igualdade entre homens e mulheres; o Estado abandonou a sua política keynesiana para se tornar um Estado anti-inflacionista que controla o seu orçamento.

Em face dessas transformações, o relatório afasta duas hipóteses, a *desestruturação* do direito do trabalho em benefício de uma *recontratualização civilista* da relação de trabalho e da proteção contra o risco e a desconexão do social e do econômico por meio, por um lado, de uma flexibilização não enquadrada pelos atores coletivos e pelo Estado e, por outro lado, da proclamação de direitos sociais integralmente desligados da inserção dos indivíduos na esfera econômica.

Segue o relatório que discorre sobre as exigências democráticas que o direito social trouxe para o campo socioeconômico, merecendo especial atenção quatro delas: 1) a exigência de *igualdade* integrada à problemática da nova igualdade entre homens e mulheres; 2) a exigência de *liberdade* que pressupõe a continuidade da proteção do trabalhador contra a dependência e que assume novas formas; 3) a exigência da *segurança individual,* que passa por um vasto leque de direitos sociais e é repensada como uma segurança não contra o risco excepcional, mas sim contra um imprevisto que se tornou presente devido ao inelutável crescimento da incerteza; 4) os *direitos coletivos* como garantias de participação efetiva de quem trabalha, nas finalidades e nos meios de desenvolvimento econômico.

Passa, a seguir, a examinar diversas relações.

— A *relação entre trabalho e poder privado*, para mostrar tendências da evolução do *conceito de subordinação*: certa distensão das práticas hierárquicas com a maior autonomia operacional do trabalhador; o aumento do peso da subordinação ao assumir modos de pressão informais sobre os trabalhadores, em especial os jovens, as mulheres

e os menos qualificados, diante do desemprego e das novas práticas de gestão empresarial; por último, a maior complexidade da relação entre empregadores e trabalhadores pela introdução de terceiros sob a forma de subcontratação ou do trabalho temporário.

Essa evolução tem efeitos importantes na proteção oferecida pelo direito social, como a insegurança das pessoas, o crescimento de uma zona cinzenta entre o trabalho dependente e o independente e o quadro de redes de empresas, que sugere a adoção de uma noção comunitária (da União Europeia) do conceito de trabalhador assalariado, a manutenção do poder de requalificação do contrato de trabalho pelo juiz (adaptação, pela jurisprudência, da norma às novas formas de exercício de poder na empresa), a consolidação de um estatuto específico da empresa de trabalho temporário, e a aplicação de determinados aspectos do direito do trabalho a trabalhadores não assalariados e a empresários.

— A *relação entre trabalho e estatuto profissional* propõe o estatuto profissional a partir não da noção de emprego, mas da noção alargada de trabalho.

— A *relação entre trabalho e tempo* conclui pela necessidade de um direito abrangente do tempo individual e do tempo coletivo, neste previsto o direito a uma vida familiar e social, sendo as negociações coletivas a norma adequada para esse fim.

— A *relação entre trabalho e organização coletiva* sinaliza para o apoio ativo às instâncias estatais (nomeadamente da UE) de negociação coletiva, o relativo perigo na centralização da representação exclusiva dos trabalhadores, na empresa, ressaltando que os sindicatos têm necessidade de manter representantes no interior da empresa ou com o apoio da representação dos trabalhadores em instâncias coordenadoras de um nível mais elevado para atenuar os efeitos do corporativismo, salientando a importância da reconfiguração centralizada nas redes de empresas — e a Diretiva n. 92/57 é um começo.

— A *relação entre trabalho e Estado* propõe a refundação segundo uma concepção global de direitos sociais assente na solidariedade, destacando que mais do que o conceito de proteção social, o de cidadania social poderia sintetizar os objetivos de uma reconfiguração do direito do trabalho e do direito social em geral.

— A *luta contra a discriminação entre homens e mulheres* põe a exigência do esforço de igualização em todos os domínios nos quais se mostre insuficiente a adoção de medidas especiais que considerem situações específicas das mulheres e as desigualdades que persistem na repartição das tarefas domésticas e a conveniência de uma atenção especial à questão da representação dos interesses das mulheres nas negociações coletivas.

§ 8º Mercosul — Mercado Comum do Sul

Sumário: 1. Estrutura. 2. Circulação de trabalhadores. 3. A compatibilização do direito do trabalho nos blocos econômicos. 4. Declarações internacionais. 5. O impacto das normas internacionais do trabalho no Brasil.

1. Estrutura

O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção, em março de 1991, subscrito por Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, e tem recebido outras adesões: a do Chile, pela Decisão n. 12/97 do Conselho do Mercosul, com a qual passou a participar das suas reuniões; a do mesmo país e da Bolívia, que, em 1998, na XIV Reunião de Cúpula em Ushuaia, firmaram compromisso democrático com o mesmo, e deste último país com o Acordo de Complementação Econômica (n. 36) e da Comunidade Andina, com o qual foi celebrado um Acordo Marco, de 16 de abril de 1998, criando uma zona de livre-comércio entre as duas regiões. As considerações do Tratado referem-se à ampliação dos mercados nacionais como condição fundamental para acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social, a necessidade de aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos vários setores da economia com base nos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio. Foi precedido de convênios e intercâmbio comercial entre os países do Cone Sul que estimularam as suas importações e exportações.

Os primeiros efeitos do Mercosul já se fizeram sentir no Brasil, com as diretrizes que nosso país fixou na sua política trabalhista, no sentido de elevar o valor do salário mínimo para aproximá-lo dos valores observados nos demais países da Comunidade.

Citem-se, também, os estudos sobre a revisão dos encargos sociais que pesam sobre o custo do trabalho, a circulação de trabalhadores e outras matérias, iniciativas que acabam acelerando a modernização do direito do trabalho brasileiro em diversos dos seus aspectos.

A estrutura do Mercosul é constituída pelos seguintes órgãos internos: a) *Conselho do Mercado Comum — CMC*, de deliberação da política geral do Mercosul; b) *Grupo Mercado Comum — GMC*, que é o órgão executivo; c) *Comissão de Comércio do Mercosul — CCM*, que vela pela aplicação dos institutos de política do cone sul; d) *Comissão Parlamentar Conjunta — CPC*, que representa os Parlamentos dos Estados-membros; e) *Foro Consultivo Econômico-Social — FCES*, representativo dos setores econômicos e sociais; f) *Secretaria Administrativa do Mercosul — SAM*. Poderá o Mercosul trazer um novo panorama ao direito do trabalho dos países-membros, cogitando da harmonização de suas leis trabalhistas.

São fontes jurídicas do Mercosul, previstas no Protocolo de Ouro Preto:

a) o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, do qual são signatários Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, que criou um mercado comum entre eles, "implicando a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-Partes — de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem —, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes; e o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar

suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração";

b) o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, assinado pelos mesmos Estados, que reformulou a estrutura orgânica do Mercosul instituída pelo Tratado de Assunção;

c) os Protocolos Adicionais e Instrumentos Complementares ao Tratado de Assunção;

d) os Acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus Protocolos;

e) as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo do Mercado Comum e as Diretrizes das Comissões de Comércio do Mercosul.

f) *Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias* (Mercosul/CMC/Dec. n. 01/1991), tendo Argentina, Paraguai e Uruguai como Estados-Partes, em cumprimento do disposto no art. 3 e no anexo III do Tratado de Assunção firmado em 26 de março de 1991, em virtude do qual esses Estados se comprometeram a adotar um Sistema de Solução de Controvérsias, que vigorará durante o período de transição, para fixar critérios de solução das disputas, no âmbito do Mercosul, sobre interpretação, aplicação ou descumprimento das disposições do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito deste, bem como das decisões que emanem do Conselho do Mercado Comum, privilegiando a negociação direta e a arbitragem;

g) *Protocolo de Buenos Aires*, de 5 de agosto de 1994, sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual, entre os mesmos países, aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares — pessoas físicas ou jurídicas —, excluídas as questões de seguridade social e os contratos de trabalho;

h) *Protocolo de Las Leñas, de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa,* também entre os mesmos países, de 27 dias do mês de junho de 1992, que, como o nome indica, destina-se a fazer com que os países deem assistência na esfera jurisdicional e administrativa aos cidadãos, aos residentes permanentes de um dos Estados-Partes e às pessoas jurídicas

constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados-Partes, que gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado-Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. Pelo mesmo Protocolo, os países comprometeram-se, também, a indicar uma Autoridade Central encarregada de receber e dar andamento às petições de assistência, comunicarem-se entre si, admitirem a intervenção de outras autoridades respectivamente competentes, a enviar e cumprir carta rogatória em matéria civil, comercial, trabalhista ou administrativa quando tenha por objeto diligências de simples trâmite, tais como citações, intimações, notificações ou outras semelhantes, a receber ou obter provas. O mesmo instrumento internacional indica, ainda, os requisitos que as cartas rogatórias devem ter e se obrigam a executar sentenças e laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados-Partes nessas matérias, inclusive trabalhista, dando a esses instrumentos eficácia extraterritorial. O Protocolo impede que se proceda à execução, quando houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda, perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

As normas emanadas dos órgãos do Mercosul, por força do disposto no art. 42 do Protocolo de Ouro Preto, "terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país".

Há um procedimento para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul estabelecido pelo Protocolo de Ouro Preto. Compete a decisão à referida Comissão. Não havendo consenso, esta remeterá o caso ao Grupo do Mercado Comum. À falta, por sua vez, de consenso também neste órgão, a questão será submetida ao Tribunal Arbitral, que emitirá laudo sobre as medidas que considerar apropriadas.

Entre os países fundadores do Mercosul há um Acordo de Seguridade Social (Mercosul/CMC/Decreto n. 19/97), sobre a reciprocidade de tratamento previdenciário.

2. Circulação de trabalhadores

As normas destinadas a reger a circulação de trabalhadores no Brasil devem ser revistas em função do Mercosul, suas necessidades não coincidentes com o quadro atual e os imperativos decorrentes da instituição de uma comunidade internacional.

Entre os muitos aspectos que exigem uma nova regulamentação incluam-se, exemplificativamente, as novas categorias de ingresso de trabalhadores no País, condições de admissão, procedimentos e requisitos exigidos, prazos de permanência, proibições e causas de deportação, expulsão ou extradição, atividades permitidas ou proibidas, exigências formais para obter a permanência, programas de incentivo ao ingresso de imigrantes com capital, sanções para estrangeiros clandestinos, punições ao empregador que tiver a seu serviço um trabalhador clandestino, fronteiriços, transferência de pessoal pelas empresas com atividades em mais de um país, por tempo determinado e indeterminado, questões cuja enumeração revela a complexidade das medidas que devem ser definidas.

Não há definição legal no Brasil sobre migração trabalhista, e as regras do direito interno estão previstas na legislação comum sobre estatuto do estrangeiro, salvo algumas Resoluções administrativas ao tema. Desse modo, a movimentação de pessoas, para trabalhar ou para outros fins, é regulada por meio de normas aplicáveis ao estrangeiro em geral, cujas origens são antigas.

Numa síntese aproximada da evolução das leis, cite-se o Código Civil, de 1916, art. 3º, que declarou que "a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis". O Decreto n. 18, de 11 de setembro de 1928, tornou obrigatório o passaporte sob o impacto dos interesses da colonização e de restrições de exploração de minas e jazidas minerais. Por força do Decreto n. 18.926, de 1929, e do Decreto n. 18.871, do mesmo ano, foram incorporadas ao direito brasileiro as diretrizes da "Convenção sobre a Condição Jurídica do Estrangeiro", de Havana, 1928, cujo art. 5º dispõe: "Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem aos próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais, sem pre-

juízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias"; e as regras do Código de Direito Internacional Privado (Código Bustamante), cujo art. 1º declara: "Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais".

Iniciou-se, em 1930, o desenvolvimento de uma política de proteção à mão de obra nacional, implementada por meio da legislação da União sobre imigração e trabalho do estrangeiro. A partir de 1942, valorizou-se um aspecto, a residência no país, independentemente da nacionalidade, como fator de integração do estrangeiro em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 1967 (art. 150) e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 153), asseguraram aos estrangeiros isonomia com os brasileiros quanto à inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade, segurança e propriedade, com duas restrições previstas nos arts. 173, § 1º, e 174, I e III, § 1º, da Emenda Constitucional n. 1/69. A primeira refere-se aos comandantes de navios nacionais e a parte da tripulação — dois terços, pelo menos — desses navios, com reserva para brasileiros natos, regra que passa por modificações atuais. A segunda diz respeito à propriedade e administração de empresas jornalísticas de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radiodifusão, vedada a estrangeiros e às sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros, reservando-se a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas a brasileiros natos.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Estatuto do Estrangeiro, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração, regulamentada pelo Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981, introduziram novas disposições. Destaquem-se, ainda, o Decreto-lei n. 691, de 18 de julho de 1969, sobre técnicos estrangeiros; a Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982, e o Decreto n. 89.339, de 31 de janeiro de 1984, sobre pessoal contratado ou transferido, na área da construção civil, para prestar serviços em outro país.

Recentemente, com a nova redação dada ao art. 222, §§ 1º a 5º, da Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional n. 36, de 28 de

maio de 2002, e com a Lei n. 10.610, de 20 de dezembro de 2002, foi disciplinada a participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social das empresas jornalísticas, desde que essa participação não seja superior a 30% do capital social total e votante.

A Consolidação das Leis do Trabalho, nos arts. 352 e s., estabelece reserva de mercado com a denominada *lei dos dois terços*, ao instituir uma proporcionalidade de empregados brasileiros nas empresas nacionais, segundo um princípio de nacionalização do trabalho, cuja compatibilidade com a internacionalização resultante do Mercosul deve ser aferida.

Entre os atos e normas expedidos pela Administração Pública incluam-se a Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.721, de 31 de outubro de 1990, que baixa instruções para simplificação dos procedimentos da chamada mão de obra estrangeira; a Resolução do Conselho Nacional de Imigração n. 25, de 25 de março de 1994, que dispõe sobre concessão de visto permanente a estudantes estrangeiros admitidos para estágio no Brasil, mediante bolsas de estudo pagas por empresas ou instituições onde os mesmos realizarem os estágios; a Resolução do Conselho Nacional de Imigração n. 26, de 25 de março de 1994, que dispõe sobre a concessão de visto permanente ao pesquisador estrangeiro que pretender fixar-se no País para exercer atividade junto a instituições de pesquisas em ciência e tecnologia.

Acrescente-se que o Brasil ratificou as Convenções n. 97, da Organização Internacional do Trabalho, sobre trabalhadores migrantes (Dec. n. 58.819, de 14-7-1966); n. 19, sobre igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais em acidentes de trabalho (Dec. n. 41.721, de 25-6-1957); n. 118, sobre igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em matéria de seguridade social (Dec. n. 66.497, de 27-4-1970); o Tratado para o Estabelecimento de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro-Argentinas (Dec. leg. n. 28, de 28-5-1992, e Dec. n. 619, de 29-7-1992); o Protocolo adicional de Itaipu (Dec. n. 75.242, de 17-1-1975); o Acordo de Previdência Social Brasil-Uruguai (Dec. n. 85.248, de 13-10-1980); o Acordo de Previdência Social Brasil-Argentina (Dec. n. 87.918, de 7-12-1982), e assinou a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de

Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Protocolo de São José da Costa Rica).

Com o Mercosul são desenvolvidos estudos, por meio de diversas Comissões, sobre as relações de trabalho no Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, abrangendo, também, as linhas gerais de uma proposta para a elaboração de um Protocolo entre os quatro países, com as diretrizes básicas a serem observadas quanto à circulação dos trabalhadores e que terão, certamente, reflexos sobre o nosso direito.

Essas repercussões atingirão, por exemplo, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80, art. 4º) que, ao classificar as hipóteses de ingresso do estrangeiro no Brasil, leva em conta os tipos de *vistos* condicionando a prestação de serviços segundo esse ângulo não trabalhista de classificação. Vale dizer que o trabalho é mera decorrência, mas não causa de ingresso no País, aspecto que não se coaduna com o Mercosul.

Com efeito, ao dispor sobre admissão, entrada ou impedimento de estrangeiro no País, o Estatuto do Estrangeiro prevê as seguintes hipóteses de concessão de visto, que correspondem a uma classificação de ingressos: 1) *trânsito*, àquele que, para atingir o país de destino, tenha que entrar em território nacional; 2) *turista*, para o estrangeiro que vier ao País em caráter recreativo ou em visita, e que não tenha finalidade imigratória nem intuito de exercício de atividade remunerada; 3) *temporário*, para o estrangeiro em viagem cultural, missão de estudos, viagem de negócios, artista, desportista, estudante, cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro, jornalista de rádio, jornal, televisão ou agência estrangeira, ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa; 4) *permanente*, ao estrangeiro: a) que pretenda fixar-se no País, sendo que a imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à política nacional de desenvolvimento em todos os seus aspectos, principalmente no que se refere ao aumento da produtividade, à assi-

milação da tecnologia e à captação de recursos para setores específicos; b) que pretenda fixar-se no País como investidor com recursos de origem externa nas condições da Resolução n. 27/94 do Conselho Nacional de Imigração; c) pesquisador que pretenda fixar-se no País para exercer atividades junto a instituições de pesquisas em ciências e tecnologia, na forma da Resolução n. 26/94 do Conselho Nacional de Imigração.

Completam a relação os vistos de *cortesia*, *oficial* e *diplomático*.

Cabe explicitar a situação do *fronteiriço*, que é aquele situado defronte a fronteira do país. Ao natural de país limítrofe — fronteiriço —, domiciliado em cidade contígua ao território brasileiro, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade (Lei n. 6.815/80, art. 21). Se pretender exercer atividade remunerada, ou frequentar estabelecimento de ensino nesses municípios, obterá documento especial e carteira de trabalho e previdência social (Lei n. 6.815/80, art. 21, § 1º).

Quanto ao *estudante* estrangeiro, admitido em Estágio no Brasil, é permitido o recebimento de bolsas de manutenção pagas pelas instituições ou empresas onde estagiar, nos termos da Resolução n. 25/94 do Conselho Nacional de Imigração. Por outro lado, a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, que criou o Conselho Nacional de Imigração, no art. 1º declara que, em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições previstas pela mesma lei, *entrar* e *permanecer* no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais e atendidas a segurança nacional, a organização institucional, os interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, assim como as exigências de defesa do trabalhador nacional.

O resumo que acaba de ser feito é suficiente para mostrar que são inadequadas as diretrizes que foram estabelecidas, sendo de toda conveniência elaborar uma nova regulamentação para disciplinar a circulação dos trabalhadores no Mercosul. A primeira questão que se coloca é sobre a conveniência ou não da normatização do tema no Mercosul, e a resposta é afirmativa. Se o propósito que resulta do Tratado de Assunção é facilitar a migração trabalhista, convém indicar as regras destinadas a fixar a estrutura de órgãos necessária para o desenvolvi-

mento das metas previstas e as principais regras, com base nas quais poderia ser promovida a referida circulação no território dos países-membros. A segunda questão é a forma pela qual as normas de migração no Mercosul devem ser implementadas. Parece-me que seria o caso de se propor Protocolo entre os países, o qual permitirá a consubstanciação de um documento apto a atingir os seus fins.

Por outro lado, as normas internas sobre ingresso de estrangeiros no território de um país precederam à criação do Mercosul e são inadequadas para dar respostas às novas situações que se formam, decorrentes do fomento à circulação dos trabalhadores. Tais normas foram elaboradas tendo em vista as vicissitudes próprias ao ingresso, em um país, do estrangeiro como tal, e não do trabalhador estrangeiro, daí por que parte de critérios classificatórios que, se correspondem às exigências para as quais se destinam, não tem a mesma funcionalidade quando se trata de examinar a circulação dos trabalhadores numa Comunidade Internacional. Assim, para dar atendimento às contingências da migração não devem ser classificadas as hipóteses permissivas de ingresso levando em conta o tipo de visto que pode ser concedido ao estrangeiro na condição de turista, temporário ou permanente. Impõe-se, a partir das situações inerentes ao problema específico, elaborar outra classificação.

Assim, a tipologia de uma nova classificação toma por base: a) as situações nas quais há migração em função das empresas para atendimento das necessidades de serviço, permanentes ou transitórias, em outro país; b) as situações nas quais um trabalhador, por necessidade ou conveniência, toma a iniciativa individual de trabalhar em outro país, já contratado ou sem contrato, porque pretende se deslocar à procura de emprego; c) o fronteiriço.

Já é objeto das normas jurídicas vigentes (Estatuto do Estrangeiro) a disciplina da situação do estrangeiro em viagem cultural, missão de estudos, viagem de negócios, artista, desportista, estudante, cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro, jornalista de rádio, jornal, televisão ou agência estrangeira, ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, e que deveriam ter um tratamento especial.

No que se refere ao *fronteiriço* poder-se-ia permitir a sua entrada nos Municípios limítrofes com o seu respectivo país, mediante apresentação de documento de identidade de natureza trabalhista. Seria possível, assim, a formalização do trabalho que presta e que, atualmente, é marginalizado e sem a proteção do ordenamento jurídico.

O Estatuto do Estrangeiro dispõe, também, que não se concede ingresso ao trabalhador: I — menor de dezoito anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa; II — considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais; III — anteriormente expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada; IV — condenado ou processado em outro país por crime doloso passível de extradição; V — que não satisfaça as condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde do país de ingresso, disposições já previstas pela nossa lei.

Estuda-se a possibilidade de criação de um Conselho de Imigração do Mercosul com poderes para expedir Resoluções destinadas a orientar e coordenar as atividades de imigração e para arbitrar questões migratórias, bem como, de outro lado, a instituição de modelo único de cédula de identidade para o trabalhador migrante, a qual terá validade em todo o território do Mercosul, substituindo as carteiras de identidade ou outros documentos atualmente em vigor.

É critério vigente a proibição de livre circulação em alguns casos e a admissão do estrangeiro para alguns tipos de empregos: a) cargos, empregos e funções públicas reservadas aos nacionais; b) atividades consideradas contrárias ao interesse nacional; c) pesquisa e a lavra de recursos minerais, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica, salvo autorização do Ministério a que estiver afeta a questão.

Há procedimentos de chamada de mão de obra estrangeira em caráter permanente ou temporário, solicitada por pessoa jurídica ou física. Exigem simplificação em cada país quanto a formulários, autorização de trabalho, procuração com poderes para contratar mão de obra, documentos de arrecadação da Receita Federal, dados da empresa e do candidato, documentos da pessoa jurídica responsável pela chamada do estrangeiro, documentos do candidato, contrato de trabalho, trâmites dos documentos e órgãos pelos quais deverão percorrer,

contrato social ou ato constitutivo da pessoa jurídica interessada, prova de regularidade da empresa perante aos órgãos tributários e previdenciários etc.

Como se vê, o Mercosul suscitará novas questões jurídicas também no âmbito das relações de trabalho e que, por mais complexas que venham a ser, não devem desestimular os estudos daqueles que querem dar algum tipo de contribuição para que possam ser corretamente equacionadas.

3. A compatibilização do direito do trabalho nos blocos econômicos

A compatibilização do direito do trabalho nos blocos econômicos é uma premissa necessária para que estes possam atingir os seus objetivos.

Surge como mera decorrência da finalidade primeira dos referidos blocos, que é a integração de mercados como fator de circulação de riquezas entre os países que os integram.

Mas não é esse o único aspecto. Há outro, igualmente relevante, que é a livre circulação dos trabalhadores, sem fronteiras, no bloco.

Sistemas jurídicos assimétricos podem comprometer esses esforços, na medida em que se distanciam os encargos trabalhistas, que se refletem sobre o preço dos produtos. Este, por sua vez, influirá diretamente no valor real dos salários, e sua preservação concorrerá como condição para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

Não difere o quadro diante do tratado internacional que criou o Mercosul, do qual, como desdobramento, seguiu-se, por proposta do então Ministério do Trabalho e Administração do Brasil, formulada durante o Encontro dos Ministros do Trabalho do Mercosul, realizado em Foz do Iguaçu em 10 de dezembro de 1991, a composição do Subgrupo n. 11, consubstanciada na reunião do Conselho do Mercado Comum, em 17 de dezembro de 1991, em Brasília, com a presença dos presidentes dos quatro países pactuantes: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

O Subgrupo n. 11, agora renumerado para n. 10, trata das relações trabalhistas, emprego e previdência social, e sua composição é tripar-

tite, com a participação de representantes do Governo, dos trabalhadores e dos empresários de cada país, estes por meio das representações sindicais.

É subdividido em Comissões Temáticas, espelhando-se na estrutura já existente na seção brasileira do Subgrupo n. 10, que são as seguintes: 1) relações individuais de trabalho; 2) relações coletivas de trabalho; 3) emprego e migração; 4) formação profissional; 5) saúde e segurança do trabalhador; 6) seguridade social; 7) setores específicos; 8) princípios.

O objetivo da atuação desses órgãos é a harmonização das legislações e não a uniformização destas, objetivo considerado de difícil consecução diante da soberania de cada país e das suas peculiaridades, o que não impede a formação de um arcabouço jurídico comum, como já ficou provado com o Mercado Comum Europeu.

O procedimento de compatibilização do direito do trabalho no Mercosul, previsto pelo Subgrupo n. 11, do qual nos dá notícia um estudo do então Ministério do Trabalho elaborado por Lima Teixeira (Ministério do Trabalho/Consultoria Jurídica, Mercado Comum do Sul — Mercosul, Subgrupo n. 11, Estrutura, Brasília, agosto, 1992), é o seguinte:

1) Fases iniciais. Há a fase preparatória da reunião, destinada à apresentação de relatórios das Comissões Temáticas e propostas formuladas pelo setor privado, e uma fase decisória com direito a voto, para aprovação dos relatórios, apreciação de propostas e encaminhamento de Recomendações ao Grupo do Mercado Comum.

2) Setores do direito do trabalho comparado: a) Comissão Temática n. 1 — relações individuais de trabalho: análise comparativa dos sistemas de relações de trabalho; custos trabalhistas; sistema de garantia do tempo de serviço; política salarial; locação de mão de obra; fiscalização do trabalho; b) Comissão Temática n. 2 — relações coletivas de trabalho: negociação coletiva de trabalho; estrutura sindical; greve e *lockout*; c) Comissão Temática n. 3 — emprego e migração: mercado de trabalho formal; setor informal da economia; políticas de emprego; impacto da reestruturação produtiva sobre o emprego; impacto das políticas de ajuste estrutural sobre o emprego; migração da

mão de obra; profissões regulamentadas; classificação de ocupações; d) Comissão Temática n. 4 — formação profissional: política de formação profissional; desenvolvimento tecnológico e formação profissional; instrumentalização da formação profissional; reciclagem profissional; formação básica do trabalhador; reconhecimento das habilitações profissionais; e) Comissão Temática n. 5 — saúde e segurança do trabalhador: condições e ambientes de trabalho; normas regulamentadoras; fiscalização dos ambientes de trabalho; acidentes de trabalho; f) Comissão Temática n. 6 — seguridade social: encargos previdenciários; benefícios previdenciários; previdência complementar; g) Comissão Temática n. 7 — setores específicos: transporte terrestre, marítimo, rural etc.; h) Comissão Temática n. 8 — princípios: Convenções básicas da OIT para serem ratificadas pelos quatro países; Carta de direitos trabalhistas fundamentais do Mercosul.

Por meio das Convenções da OIT ratificadas pelos quatro países, chega-se a um primeiro passo no sentido da harmonização do direito do trabalho no Mercosul.

São as seguintes:

a) Convenção n. 11 (1921) sobre direito de associação na agricultura;

b) Convenção n. 14 (1921) sobre descanso semanal na indústria;

c) Convenção n. 26 (1928) sobre métodos para fixação do salário mínimo;

d) Convenção n. 52 (1936) sobre férias remuneradas, denunciada pelo Uruguai em razão da ratificação da Convenção n. 132 (1970) sobre férias remuneradas;

e) Convenção n. 81 (1947) sobre inspeção do trabalho;

f) Convenção n. 95 (1949) sobre proteção do salário;

g) Convenção n. 98 (1949) sobre direito de sindicalização e negociação coletiva;

h) Convenção n. 100 (1951) sobre igualdade de remuneração;

i) Convenção n. 105 (1957) sobre abolição do trabalho forçado;

j) Convenção n. 111 (1958) sobre discriminação no emprego e ocupação;

k) Convenção n. 159 (1983) sobre readaptação profissional e emprego de pessoas inválidas.

Além das mencionadas, o Brasil ratificou mais as seguintes Convenções da OIT: n. 3 (proteção à maternidade); n. 4 (trabalho noturno); n. 5 (idade mínima na indústria); n. 6 (trabalho noturno de menores na indústria); n. 7 (idade mínima de trabalho); n. 12 (indenização por acidentes de trabalho na agricultura); n. 16 (exame médico de menores no trabalho marítimo); n. 19 (igualdade de tratamento em acidente de trabalho); n. 22 (engajamento da gente do mar); n. 29 (trabalho forçado); n. 41 (trabalho noturno das mulheres); n. 42 (doenças profissionais); n. 45 (trabalhos subterrâneos das mulheres); n. 53 (certificado de capacidade dos oficiais); n. 58 (idade mínima do trabalho marítimo); n. 88 (serviço de emprego); n. 89 (trabalho noturno das mulheres); n. 91 (férias remuneradas da gente do mar); n. 92 (alojamento da tripulação); n. 93 (salários, horas de trabalho a bordo e dotação); n. 94 (cláusulas de trabalho nos contratos celebrados pelas autoridades públicas); n. 96 (agências de emprego); n. 97 (trabalhadores migrantes); n. 99 (métodos para fixação do salário mínimo na agricultura); n. 101 (férias remuneradas na agricultura); n. 103 (proteção à maternidade); n. 104 (trabalhadores indígenas); n. 106 (descanso semanal no comércio e escritórios); n. 107 (povos indígenas tribais); n. 108 (documentos de identidade da gente do mar); n. 109 (salários, horas de trabalho a bordo e dotação); n. 110 (plantações); n. 113 (exame médico dos pescadores); n. 115 (proteção dos trabalhadores contra radiações ionizantes); n. 117 (política social, normas e objetivos básicos); n. 118 (igualdade de tratamento de nacionais e estrangeiros em matéria de seguridade social); n. 119 (proteção do maquinário); n. 120 (higiene no comércio e escritórios); n. 122 (política de emprego); n. 124 (exame médico de menores); n. 125 (certificado de competência de pescadores); n. 127 (peso máximo); n. 131 (fixação de salários mínimos); n. 133 (alojamento da tripulação); n. 135 (representantes dos trabalhadores); n. 139 (câncer profissional); n. 140 (licença paga de estudos); n. 142 (desenvolvimento dos recursos humanos); n. 145 (continuidade do emprego da gente do mar); n. 147 (marinha mercante); n. 152 (seguridade e higiene nos trabalhos portuários); n. 154 (negociação coletiva); n. 155 (segurança e saúde dos trabalhadores); n. 158 (proteção contra dispensa arbitrária); n. 160 (estatísticas do trabalho); n. 161 (serviços de saúde no trabalho); n. 162 (amianto).

Há dois métodos principais para verificação das simetrias e assimetrias na legislação dos quatro países: o global e o fracionado, sendo o primeiro por meio de uma comparação genérica da legislação como um todo, embora diversificada em alguns institutos. No Brasil, há Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que não existe nos demais. Porém, nestes há a indenização por dispensa imotivada. Pelo critério global, as leis são simétricas, embora sob o prisma fracionado não o sejam.

Maior facilidade de compatibilização é permitida pelo critério do conglobamento, mesmo porque o objetivo maior é levantar os custos totais da mão de obra, como fator influente no equilíbrio das relações do mercado comum.

Esse critério tem também a seu favor a maior facilidade na manutenção de vantagens maiores de um país, porque permite a manutenção destas, desde que compensadas com outras menores. Se assim se fizer, será possível manter os direitos dos trabalhadores, sem reduções, que seriam impostas caso o critério de harmonização tivesse como premissa a comparação particularizada.

Outra vantagem que apresenta é evitar as dificuldades decorrentes da variação dos custos trabalhistas e encargos sociais, nem sempre facilmente quantificáveis, em razão da diversidade de hipóteses.

A respeito do tema há estudo da Comissão Temática n. 1 do Subgrupo n. 11 sobre levantamento dos custos trabalhistas e encargos sociais no Brasil, de agosto de 1992, coordenado por José Alves de Paula, com as seguintes observações:

"A quantificação dos custos trabalhistas e encargos sociais, suportados pelo empresariado brasileiro, visando encontrar índices gerais, é tarefa difícil de se realizar. Se nos reportarmos à relação dos institutos laborais relacionados com a folha de pagamento, verificaremos que, enquanto muitas empresas se limitam a pagar aos seus empregados o salário-base, outras praticam atividades noturnas ou prorrogam suas jornadas de trabalho, gerando, evidentemente, a obrigação de pagar, respectivamente, o adicional noturno e horas extras.

Há empresas, por exemplo, que praticam jornadas em turnos ininterruptos de revezamento, majorando, ainda mais, o custo laboral, visto que a jornada, nestes casos, é de 6 (seis) horas diárias. Outros

empregadores concedem benefícios maiores a seus trabalhadores graças a negociações coletivas, como jornadas especiais, participação nos lucros, novos componentes remuneratórios (gratificações e prêmios, por exemplo). Há casos de maior incidência do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade. No que tange ao vale-transporte, também varia o encargo econômico, pois os valores pagos se alteram, dependendo do preço do transporte e da circunstância da mão de obra contratada se situar próximo ou longe do trabalho. Há que considerar, também, em cada segmento empresarial, a rotatividade de seus recursos humanos.

O mesmo fenômeno acontece em relação aos encargos sociais, pois certas contribuições sociais (Senar, Senai, Senac etc.) variam de acordo com a categoria econômica do empresário (comércio, indústria, transporte aéreo ou marítimo etc.)".

Acrescento outro fator igualmente de impacto para o mesmo fim: os custos trabalhistas diversificados, em decorrência das convenções coletivas de trabalho e das sentenças normativas proferidas em dissídios coletivos pelos Tribunais do Trabalho, também indicam a conveniência da fixação do método global, como me parece acertado.

4. Declarações internacionais

As declarações internacionais são atos que contêm preceitos sobre critérios de justiça que devem inspirar as bases de um sistema jurídico. Indicam uma linha de ação, mas não chegam a determinar imperativamente. Incluem-se, nesse tipo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Social Europeia, a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais etc. Mais limitadas, quanto aos seus propósitos, as Recomendações da OIT.

Os direitos sociais nem sempre estiveram nas cogitações dos povos que votaram uma declaração das garantias fundamentais do homem. Jacques Maritain os denomina direitos da pessoa operária: "de maneira geral são os direitos do ser humano em suas funções sociais, econômicas e culturais — direitos dos produtores e dos consumidores, direitos dos técnicos, direitos dos que se dedicam aos trabalhos do espírito — aqueles que uma nova era de civilização terá que reconhe-

cer e definir" (*Os direitos do homem*, José Olympio, p. 82). Surgem, assim, como uma expressão do desenvolvimento dos povos e da aceitação do trabalho como valor fundante da democracia moderna.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* foi aprovada em resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Proclama os seguintes direitos trabalhistas: Art. XXIII. 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, e à proteção contra o desemprego. 2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Art. XXIV. Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. Art. XXV. 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A *Carta Social Europeia*, firmada em Turim, em 18 de outubro de 1961, entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1965. É ratificada por sete países: Alemanha (República Federal), Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega, Reino Unido e Suécia. Foi preparada pelo Conselho da Europa em colaboração com a OIT e nos arts. 21, 22 e 24 prevê a prestação de informes dos países signatários ao Secretário-Geral do Conselho da Europa sobre o cumprimento das suas disposições.

Essa declaração contém princípios, especialmente sobre direito ao trabalho, direito a condições equitativas de trabalho, direito a previdência e higiene no trabalho, direito a remuneração equitativa, direito sindical, direito de negociação coletiva, direito de menores e mulhe-

res à proteção, proteção a trabalhadores, orientação profissional, direito de proteção à saúde, direito de seguridade social, direito à assistência social e médica, direito ao desfrute de serviços sociais, direito de reabilitação profissional, direito da família à proteção social, jurídica e econômica, direito da mãe e do menor à proteção social e econômica, direito de exercício de atividades lucrativas, direito dos trabalhadores imigrantes e suas famílias à proteção e assistência, em 38 artigos, e está publicada no Boletim Oficial da OIT, jan. 1967, n. 1.

Para Mario de la Cueva, a *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais* é uma declaração de princípios e instituições, mas também uma amplíssima declaração internacional de direitos do trabalho, situando-se para os Estados Americanos, na linha de prolongamento do Tratado de Versalhes e da Declaração de Filadélfia. Foi elaborada por uma Comissão constituída em decorrência de Resolução da Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, celebrada em Chapultepec, em 1945, pela qual o Comitê Jurídico Interamericano recebeu atribuições de redigir o projeto da referida Carta, destinada ao estudo dos problemas sociais. Compõe-se de duas partes, a primeira dispondo sobre princípios gerais de legislação trabalhista, a segunda declarando as instituições essenciais de um completo direito do trabalho e os benefícios mínimos que cada instituição deve assegurar aos trabalhadores, levando-se em conta o direito do trabalho dos países da América, em especial as Constituições do México, Bolívia, Brasil, Nicarágua, Equador, Guatemala e Venezuela.

Os princípios gerais estão distribuídos nos arts. 2º a 5º da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, cujo texto é o seguinte:

"Art. 2º Os seguintes princípios são considerados básicos no direito social dos países americanos: *a*) o trabalho é uma função social, goza da proteção especial do Estado e não deve ser considerado como mercadoria; *b*) todo trabalhador deve ter a possibilidade de uma existência digna e direito a condições justas no desempenho das suas atividades; *c*) tanto o trabalho intelectual como o técnico e o manual devem gozar das garantias da legislação trabalhista, com as distinções provenientes das modalidades de sua aplicação; *d*) a trabalho igual deve corresponder igual remuneração, qualquer que seja o sexo, raça, credo ou nacionalidade do trabalhador; *e*) os direitos do trabalhador não são renunciáveis e as leis que os reconhecem obrigam e beneficiam a todos os habitantes do território, sejam nacionais ou estrangeiros. Art. 3º Todo trabalhador tem direito de seguir a própria vocação e escolher a sua profis-

são. Tem, igualmente, a liberdade de mudar de emprego. Art. 4º Todo trabalhador tem direito de receber educação profissional e técnica para aperfeiçoar as suas aptidões e conhecimentos, obter do seu trabalho maiores ganhos e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção. Para tal fim, o Estado organizará o ensinamento de adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o ensinamento efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao lado da formação cultural, moral e cívica. Art. 5º Os trabalhadores têm direito de participar da equitativa distribuição do bem-estar nacional, obtendo a preços razoáveis os produtos alimentícios, vestuário e habitações indispensáveis. Para alcançar essas finalidades, o Estado deve admitir a criação e funcionamento de granjas e restaurantes populares e de cooperativas de consumo e crédito, e organizar instituições destinadas ao fomento e financiamento dessas granjas e estabelecimentos, bem como a distribuição de casas baratas, cômodas e higiênicas, para obreiros, empregados e trabalhadores rurais".

Na segunda parte, a Carta estabelece um programa mínimo de proteção ao trabalho nos seguintes termos:

a) Direito individual do trabalho:

1 — Jornada de trabalho de oito horas diárias ou quarenta e oito semanais. Para o trabalho rural, nove horas diárias ou cinquenta e quatro horas semanais. A limitação da jornada não se aplicará em casos de força maior. A legislação de cada Estado deve fixar o máximo diário e semanal para as horas extraordinárias e os repousos em cada jornada. O trabalho noturno e o extraordinário dão direito a remuneração suplementar.

2 — Dias de descanso e férias. Descanso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos de acordo com a lei. Férias anuais remuneradas de duração proporcional ao tempo de serviço.

3 — Salário mínimo. Fixado periodicamente e suficiente para cobrir as necessidades normais de ordem material, moral e cultural, atendidas as modalidades de trabalho, as particularidades de cada região, o custo de vida, a capacidade dos trabalhadores e os sistemas de remuneração das empresas. Salário mínimo profissional nas atividades nas quais não exista convenção coletiva.

4 — Salário em geral. Salário justo, gratificação anual proporcional ao número de dias trabalhados no ano, participação nas utilidades da empresa, impenhorabilidade do salário, salvo quanto a dívidas alimentícias, privilégio do crédito salarial na falência ou concurso de credores.

5 — Estabilidade no emprego. Garantia da estabilidade no emprego por lei e de indenização nas despedidas sem justa causa.

b) Direito de proteção às mulheres e menores:

1 — Proteção às mães no direito de previdência social. Proibição de trabalho noturno em empresas industriais e atividades perigosas ou insalubres, salvo no caso

de trabalho familiar, de força maior ou quanto às mulheres que desempenham cargos de direção ou responsabilidade. As exceções relativas ao descanso semanal são inaplicáveis às mulheres. Os menores têm direito ao ensinamento metódico do ofício. Proibição do trabalho de menores de 14 anos, e dos maiores que não tenham terminado instrução obrigatória, salvo casos especiais. Jornada dos menores de 16 anos não superior a 6 horas diárias ou 36 horas semanais. Proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de 18 anos.

c) Regulamentações especiais:

Admissão de contratos de aprendizagem assegurando ensinamentos do ofício ou profissão, retribuição equitativa e benefícios da previdência social. Trabalho a domicílio amparado por legislação, garantido o salário mínimo, indenização pelo tempo à disposição do empregador e situação análoga aos demais trabalhadores. Empregados domésticos pela legislação, quanto a salário, jornada de trabalho, repousos, férias, indenização por despedimento e prestações sociais particulares. Os empregados públicos têm direitos relativos à sua carreira administrativa, permanência no emprego, benefícios de seguridade social e jurisdição contenciosa-administrativa perante a qual possam defender os seus direitos. Regulamentação especial para o trabalho na marinha mercante e na aeronáutica. Legislação de proteção ao trabalho intelectual.

d) Direito coletivo do trabalho:

Reconhecimento das convenções coletivas, da liberdade de associação profissional e garantia de permanência no emprego, do empregado, durante o exercício de função sindical. Direito a greve.

e) Previdência social:

Promover e incentivar a existência de centros recreativos, proteger a higiene, moralidade e segurança nos locais de trabalho, seguro social obrigatório destinado à prevenção de atividades, recuperação de capacidade de trabalho, manutenção dos ganhos nos casos de inatividade decorrente de enfermidade, acidente, maternidade, invalidez temporária ou permanente, velhice ou morte prematura, estendendo-se a proteção aos membros da família. Repouso remunerado da mulher nas seis semanas anteriores e posteriores ao parto etc.

f) Jurisdição do trabalho:

Procedimento adequado para a rápida solução de conflitos e Corpos de Conciliação e Arbitramento. Fiscalização do trabalho.

g) Trabalho rural:

Proteção do trabalho rural pela lei.

Da maior relevância para a União Europeia e pelos reflexos positivos que podem ser projetados sobre o Mercosul é a *Carta Comunitária de Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* (Estrasbur-

go, 9-12-1989), por meio da qual os Estados-membros da União Europeia, salvo Inglaterra, considerando a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores europeus e tendo em vista a necessidade de desenvolvimento do diálogo social no Mercado Comum Europeu, pactuaram disposições sobre a livre circulação dos trabalhadores (art. 1), a harmonização das condições de trabalho nos países integrantes da comunidade, sobretudo quanto à jornada de trabalho, formas diversas de trabalho a tempo indeterminado, a tempo determinado, a tempo parcial, trabalho temporário e trabalho estacional, algumas disposições sobre dispensas coletivas e falência das empresas (art. 7), ao repouso semanal e férias anuais remuneradas (art. 8), a uma proteção social adequada (art. 10), entre outras estipulações, incluindo formação profissional (art. 15), direito de consulta, informação e participação dos trabalhadores (art. 17), proteção à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho (art. 19), proteção à infância e adolescência (art. 20), à terceira idade (art. 24) e aos deficientes (art. 26).

A *Declaração Sociolaboral do Mercosul* (1998), assinada pelos Chefes de Estado da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, tem por finalidade mostrar uma preocupação com a dimensão social, e não meramente econômica, que deve ser dada ao Mercosul, condição fundamental para acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social.

O artigo 16 da Declaração reconhece o direito de todo trabalhador à orientação, formação e capacitação profissional, assumindo os Estados o compromisso de criar, com as instituições que voluntariamente o desejarem, serviços e programas de formação e orientação profissional contínua e permanente, de modo a permitir que os trabalhadores obtenham qualificações exigidas para o desempenho de uma atividade produtiva, consideradas as transformações resultantes do progresso técnico.

Defende a liberdade de associação, assegurando, aos empregadores e trabalhadores, o direito de constituir as organizações que considerarem convenientes, assim como de afiliar-se a essas organizações, em conformidade com as legislações nacionais vigentes, ressalva, esta, que permite compatibilizar o direito interno brasileiro com o princípio de liberdade sindical da Declaração.

Assegura a proteção dos trabalhadores contra todo ato de discriminação tendente a limitar a liberdade sindical com relação a seu emprego. Conclama o capital e o trabalho ao diálogo social, comprometendo-se, os Estados-Partes, a incentivá-lo, nos âmbitos nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável com justiça social, na região, com a melhoria das condições de vida de seus povos.

Destaquem-se, entre os seus textos, os seguintes:

"Direitos Coletivos. Liberdade de associação.

Art. 8. Todos os empregadores e trabalhadores têm o direito de constituir as organizações que considerarem convenientes, assim como de afiliar-se a essas organizações, em conformidade com as legislações nacionais vigentes.

Os Estados-Partes comprometem-se a assegurar, mediante dispositivos legais, o direito à livre associação, abstendo-se de qualquer ingerência na criação e gestão das organizações constituídas, além de reconhecer sua legitimidade na representação e na defesa dos interesses de seus membros.

Liberdade sindical.

Art. 9. Os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a menoscabar a liberdade sindical com relação a seu emprego.

Deverá garantir-se:

a) liberdade de filiação, de não filiação e desfiliação, sem que isto comprometa o ingresso em um emprego ou sua continuidade no mesmo;

b) evitar demissões ou prejuízos a um trabalhador por causa de sua filiação, acordos e convenções coletivos de trabalho em vigor nos Estados-Partes.

Negociação coletiva.

Art. 10. Os empregadores ou suas organizações e as organizações ou representações de trabalhadores têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais.

Greve.

Art. 11. Todos os trabalhadores e as organizações sindicais têm garantido o exercício do direito de greve, conforme as disposições nacionais vigentes. Os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação deste direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar a sua finalidade.

Promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos.

Art. 12. Os Estados-Partes comprometem-se a propiciar e desenvolver formas preventivas e alternativas de autocomposição dos conflitos individuais e coletivos de trabalho, fomentando a utilização de procedimentos independentes e imparciais de solução de controvérsias.

Diálogo social.

Art. 13. Os Estados-Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social nos âmbitos nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável e com justiça social da região e a melhoria das condições de vida de seus povos".

A eficácia jurídica da *Declaração Sociolaboral do Mercosul*, para Oscar Ermida Uriarte, em *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica,* estudo publicado pela OIT e pela *Associación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2002), em princípio parece meramente declaratória, mas sob o prisma do seu conteúdo, como proclamação internacional solene de princípios e direitos fundamentais, formaria parte do bloco de constitucionalidade dos ordenamentos jurídicos dos países do Mercosul, tendo em vista, também, a superioridade do direito internacional e a maior hierarquia das declarações e os direitos humanos como parte do *jus cogens* com o surgimento de um *direito universal dos direitos humanos.*

Para o jurista uruguaio o conteúdo da Declaração deu um salto de qualidade, uma vez que incluiu entre os direitos que devem ser protegidos a não discriminação, os direitos dos trabalhadores migrantes e fronteiriços, a eliminação do trabalho forçado, a idade mínima de ingresso no trabalho, os direitos dos empregadores de organização e direção técnica da empresa, a liberdade de associação e de proteção da atividade sindical, a negociação coletiva, o direito de greve, a promoção de formas preventivas e alternativas de autocomposição dos conflitos, o fomento do diálogo social nacional e internacional, o desenvolvimento do emprego e proteção aos desempregados, o direito à formação profissional, o direito à segurança e saúde no trabalho, o direito do trabalhador à proteção nas condições de ambiente de trabalho, o compromisso da empresa de instituir e manter serviços de inspeção do trabalho e o direito dos trabalhadores à seguridade social.

Compartilha desse entendimento Walkure Lopes Ribeiro da Silva, que, na mesma publicação, afirma que a Declaração "não pode ser considerada como simples ato de endereço político, sem eficácia jurídica, em função dos elementos que apontam para outras possibilidades".

5. O impacto das normas internacionais do trabalho no Brasil

Desde 1919, a Organização Internacional do Trabalho tem um sistema de instrumentos internacionais criado em sua estrutura de composição tripartite, as Convenções e Recomendações, que resultam de um procedimento iniciado com a seleção de temas importantes pelo Conselho de Administração, a preparação, por esse órgão, de uma pauta da assembleia geral, na qual serão discutidos aqueles temas pelos países-membros da OIT, e quando aprovados são transformados em convenções internacionais, seguindo-se, após a aprovação da Convenção, um prazo no qual os países são informados e no qual poderão ratificá-la ou não. Quando um país ratifica uma Convenção da OIT, vê-se obrigado a cumpri-la, a apresentar relatórios regulares sobre as medidas tomadas para a sua aplicação, tanto em sua legislação como na prática, bem como a enviar cópias às organizações de empregadores e de trabalhadores para delas receber comentários.

Em 1926, a OIT criou a Comissão de Peritos, com a finalidade de examinar os relatórios de cada país sobre os convênios ratificados, atualmente integrada por 20 juristas eminentes, nomeados pelo Conselho de Administração, por período de três anos, e que analisam os relatórios sobre aplicações e fazem comentários, observações e solicitações a respeito das questões ventiladas, publicadas como informe anual da Comissão.

Essa é uma das funções essenciais da OIT, aprovar Convenções e Recomendações sobre relações de trabalho, aquelas instrumentos jurídicos que obrigam os Estados após a sua ratificação, que é ato voluntário de cada Estado, estas destituídas de efeitos obrigatórios, mas, sem dúvida, que desempenham, também, importante papel no sentido de definir diretrizes que o legislador interno poderá ou não seguir.

O impacto das normas internacionais do trabalho no direito interno de cada país depende de vários fatores, entre os quais: os políticos, os econômicos, as condições sociais, a cultura jurídica, os componentes históricos e o modelo de ordenamento jurídico adotado, sendo maior nos sistemas desregulamentados, assim considerados aqueles nos quais o espaço ocupado pela lei é reduzido, o que abre caminho para a integração das lacunas pelas normas internacionais, como no Uruguai.

A expressão *impacto* tem, para os fins desta análise, três acepções: primeira, a ratificação da Convenção pelo Governo de um país; segunda, a efetiva incorporação, no país, das diretrizes estabelecidas pela Convenção; terceira, mesmo sem ratificação de um país, a aceitação de princípios declarados pelas Convenções com a sua incorporação espontânea na legislação do direito interno.

Há Convenções que integram o núcleo dos direitos fundamentais do trabalhador porque se referem à sua *liberdade sindical* (C. n. 87, não ratificada pelo Brasil), à *proteção aos representantes dos trabalhadores na empresa* (C. n. 96 e 135, ratificadas), à *abolição do trabalho forçado* (C. n. 29 e 105, ratificadas), à *proibição da discriminação no emprego* (C. n. 100 e 111, ratificadas) e à *proibição do trabalho infantil* (C. n. 138 e 182, ratificadas).

Quanto ao Brasil, apenas uma das Convenções sobre direitos fundamentais, a n. 87, sobre liberdade sindical, não foi incorporada em nosso ordenamento jurídico. Ao todo, das 178 Convenções da OIT, ratificamos 76.

As normas da OIT refluem às nossas relações de trabalho, tanto no direito coletivo como no direito individual do trabalho, quer desempenhando, como em outros países, um papel integrativo de lacunas, quer atuando como diretrizes para o legislador, quer, ainda, pela sua aplicação direta como princípios que devem presidir o nosso sistema.

Iniciar-se-á pelo *direito coletivo.*

Um dos mais importantes princípios defendidos pela OIT é a *liberdade sindical*. Não obstante não ter sido ratificada pelo Brasil, a Convenção n. 87, de 1948, sobre liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização, situa-se entre as Convenções que influíram em alguns aspectos, em nossa lei.

A influência pode ser claramente evidenciada com a comparação entre o seu teor e o da Constituição Federal de 1988.

A Convenção autoriza a criação de sindicatos sem a necessidade de prévia autorização do Estado, *in verbis*: "As autoridades públicas devem abster-se de toda intervenção que tenda a limitar este direito ou entorpecer seu exercício legal".

A Constituição Federal do Brasil de 1988, art. 8º, I, declara: "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".

Está clara a relação entre o comando dirigido pela Convenção n. 87 às autoridades públicas, para que se abstenham de toda intervenção que limite o direito de fundar sindicatos, e o princípio constitucional do nosso país, quando proíbe a lei infraconstitucional de exigir autorização do Estado para a fundação de sindicatos, bem como a sua interferência ou intervenção na organização sindical.

É o que levou o Ministério do Trabalho e Emprego, em 1988, mudando a sua posição, a extinguir a Comissão de Enquadramento Sindical, a não atualizar o quadro de Enquadramento Sindical das categorias econômicas e profissionais, a não mais fazer registros constitutivos de entidades sindicais, a instituir o Arquivo Nacional de Entidades Sindicais com fins meramente cadastrais e a enviar ao Poder Judiciário a solução dos conflitos de representatividade entre sindicatos, tarefa que, com a EC n. 45, foi retirada da Justiça Comum e atribuída à Justiça do Trabalho.

Por um lado, liberdade sindical, no plano individual, assegura o direito dos trabalhadores e empregadores de criar organizações que estimem convenientes, de se filiarem ou se desfiliarem delas e de escolher, livremente, seus representantes, e, no plano coletivo, protege as entidades sindicais perante o Estado contra atos oficiais que possam interferir em sua organização.

Por outro lado, proíbe as autoridades públicas de toda intervenção que tenda a limitar esse direito e a dissolver ou suspender as organizações por via administrativa, confere-lhes o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, condenando, assim, o estatuto-padrão sindical, de definir a sua organização e administração, de

elaborar o seu programa de ação, de desenvolver as suas atividades e de fundar federações e confederações.

Como se vê, define a posição do Estado perante o sindicalismo e valoriza a manifestação dos grupos sociais, para assegurar, aos trabalhadores, livremente, a escolha das formas que julgarem aptas para a sua organização e ação sindical.

A *proteção aos representantes dos trabalhadores na empresa* (C. n. 135) é outro princípio da OIT. Para os efeitos da Convenção n. 135, a expressão *representantes dos trabalhadores significa as pessoas* reconhecidas como tal em virtude da legislação ou da prática nacional, quer se trate de: a) representantes sindicais, o que quer dizer representantes nomeados ou eleitos pelos sindicatos ou por filiados destes; b) representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, de conformidade com as disposições da legislação nacional ou dos contratos coletivos, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas no país como prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

A Convenção n. 135 (1971), ratificada pelo Brasil em 1990, cobre uma lacuna. A Constituição Federal de 1988, art. 11, dispõe que, "nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores". É omissa, no entanto, quanto à estabilidade do representante e a estabilidade do art. 8º, VIII, que é restrita a exercentes de cargos de direção ou representação sindical, mas não estende a garantia aos representantes não sindicais. Quando a representação dos trabalhadores na empresa é não sindical, seus membros ficam desprotegidos.

A Convenção declara que "os representantes dos trabalhadores na empresa deverão gozar de proteção eficaz contra todo ato que possa prejudicá-los, incluída a dispensa por motivo da sua condição de representantes dos trabalhadores, de suas atividades como tais, de sua filiação ao sindicato, ou de sua participação na atividade sindical, sempre que esses representantes atuem conforme as leis, contratos coletivos ou outros acordos comuns em vigor".

A desproteção da lei brasileira é suprida pela garantia conferida pela Convenção, que tem efeito integrativo do nosso ordenamento jurídico e obriga o juiz a aplicá-la, o que já tem ocorrido em alguns processos.

Acrescente-se que "os representantes dos trabalhadores deverão dispor, na empresa, de facilidades apropriadas para permitir o desempenho rápido e eficaz de suas funções". Essa diretriz vem-se repetindo em cláusulas de convenções coletivas. É aplicável às categorias que não tenham cláusula convencional nesse sentido? Tudo indica que sim. O fundamento é a Convenção. Assim, a empresa deve pôr à disposição dos representantes dos trabalhadores facilidades apropriadas para o desempenho das suas funções. A primeira delas é o local apropriado para a representação, sindical ou não. A segunda é o compromisso de não impedir a sua atuação. A terceira, de ordem cultural, é compreender que a representação dos trabalhadores na empresa é um meio de discussão e solução de problemas rotineiros da relação entre empregador e empregados. É uma compreensão que contribui para a prevenção de conflitos, e a prevenção atua não só no interesse do trabalho, mas, também, do capital, na medida em que a empresa, na qual os focos de desentendimento são reduzidos ou eliminados, cria motivação maior para que os trabalhadores colaborem com a produção.

De outro lado, "quando em uma mesma empresa existam representantes sindicais e representantes eleitos, devem ser adotadas medidas apropriadas, se for necessário, para garantir que a existência de representantes eleitos não promova diminuição da posição dos sindicatos interessados ou de seus representantes e para estimular a colaboração em todo assunto pertinente entre os representantes eleitos e os sindicatos interessados e seus representantes". Em outras palavras, essas normas internacionais declaram que quando há representantes sindicais e não sindicais devem ser tomadas medidas para que a presença destes últimos não se exercite de forma a debilitar a situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes e se desenvolva de modo a incentivar a colaboração entre os dois tipos de representantes.

Assim, a OIT considera condição da liberdade sindical o reconhecimento, no plano da empresa, da representação dos trabalhadores e a proteção, no direito interno de cada país, dos representantes, para que possam ter uma ação eficaz que compreenda a dispensa sempre motivada.

Apreciar-se-á, agora, o *direito individual.*

A Convenção n. 29, ratificada pelo Brasil em 1957, trata do grave problema do *trabalho forçado,* também chamado de trabalho escravo, obrigatório ou forçado, como, também, de degradante.

Considera "trabalho forçado ou obrigatório" todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob a ameaça de uma pena qualquer e para o qual o indivíduo não se ofereça voluntariamente. Compreende, a expressão, todo trabalho ou serviço, ressalvado:

a) o militar obrigatório e o que tenha caráter puramente militar;

b) o resultante de obrigações cívicas normais dos cidadãos de um país que se governe plenamente por si mesmo;

c) o exigido por força de condenação por sentença judicial, sob a condição de que esse trabalho se realize sob a vigilância e o controle das autoridades públicas e que esse indivíduo não seja cedido ou posto à disposição de particulares, empresas ou pessoas jurídicas de caráter privado;

d) o que se exija em casos de força maior, como guerra, sinistros ou ameaça de sinistros, incêndios, inundações, fome, tremores de terra, epidemias, invasões de animais, de insetos ou de parasitas vegetais e, em geral, em todas as circunstâncias que ponham ou ameacem pôr em perigo a vida ou as condições normais de existência de toda ou parte da população;

e) os pequenos trabalhos comuns, isto é, os trabalhos realizados pelos membros de uma comunidade, em seu benefício direto; trabalhos que, por conseguinte, possam ser considerados como obrigações cívicas normais que incumbam aos membros da comunidade, sob condição de que a mesma população ou seus representantes diretos tenham direito de pronunciar-se sobre sua necessidade.

A divergência terminológica — trabalho escravo, trabalho forçado, trabalho degradante, trabalho precário — pode ser superada caso se reserve a expressão *trabalho escravo* somente para os casos nos quais, efetivamente, a liberdade de locomoção do trabalhador estiver manifestamente comprometida.

A Convenção n. 105, ratificada pelo Brasil em 1965, por sua vez, sublinha a obrigação, dos subscritores, de abolir e de não fazer uso de nenhuma forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de

coerção ou de educação política; como castigo à liberdade de expressão de opiniões políticas ou ideológicas quanto à ordem política, social ou econômica; como método de mobilização e utilização de mão de obra com fins de desenvolvimento econômico; como medida de disciplina no trabalho; como castigo pela participação em greves; e como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

O trabalho escravo é proscrito pela legislação do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 aponta, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 5º, III), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a liberdade de trabalho (art. 5º, XIII) e de locomoção (art. 5º, XV); veda, mesmo a título de pena criminal, o trabalho forçado (art. 5º, XLVII, *c*); e autoriza a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante indenização em títulos da dívida agrária (art. 184).

O Código Penal pune os crimes contra a organização do trabalho e os tipifica, considerando incidente nas suas penas o atentado contra a liberdade de trabalho (art. 197) e contra a liberdade de contrato de trabalho (art. 198).

Não obstante, denunciam-se focos de trabalho forçado com sujeição física ou psicológica do trabalhador; pratica-se o *sistema de barracões*: o trabalhador só pode comprar no armazém da propriedade rural; a sua dívida é sempre maior do que o salário. Ele nunca pode pagá-la e não pode afastar-se da propriedade enquanto não saldá-la, o que equivale a prisão por dívida. O Brasil está entre os 9 países com problemas de escravidão (81ª Conferência Internacional do Trabalho, de 1994, da OIT), e o Ministério do Trabalho e Emprego tem um grupo de combate ao *trabalho escravo.*

O Ministério do Trabalho e Emprego, em 2003, fez 199 inspeções pelo Grupo de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil (trabalho este irregular, que pode caracterizar o crime de frustração ao direito do trabalho — Lei n. 9.777, de 1998, art. 203), e instituiu um Cadastro com 188 empregadores rurais que mantinham trabalhadores em condições análogas às de escravidão. A chamada "lista suja" foi criada em 2003 com o objetivo de informar aos diversos órgãos do Governo

Federal os nomes daqueles que mantinham trabalhadores nessas condições para que cada instituição adotasse as medidas cabíveis em seu respectivo âmbito de competência. De 1995 a 2002 foram encontrados 5.893 trabalhadores.

Os maiores problemas estão em zonas rurais distantes. No meio urbano também há trabalho degradante de imigrantes em algumas atividades econômicas. O problema está sendo enfrentado, com base jurídica, inclusive, nas Convenções da OIT.

O *princípio da proteção do empregado contra discriminação* (C. n. 111) surgiu quando a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e Recomendações da OIT observou que, em certos países, disposições legais davam preferência a pessoas em função de sua origem social ou de méritos políticos.

As primeiras normas da OIT direcionaram-se para a não discriminação salarial, sendo esta a finalidade da Constituição da OIT (1919), art. 41, ao declarar "princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para trabalhos de igual valor"; da *Convenção n. 100 (1951)* sobre salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher; sendo, no entanto, mais amplos os objetivos da *Convenção n. 111, de 1958,* sobre *Discriminação no Emprego e Profissão,* que define discriminação (art. 1º) como "toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão'' e que "as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação".

Outras Convenções foram aprovadas, entre as quais a Convenção n. 156 (1981), sobre *Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos*, a Convenção n. 159, de 1983, sobre *Emprego e Reabilitação dos Portadores de Deficiência,* ratificada pelo Brasil, e as Recomendações n. 99 e 168, sobre o mesmo tema, a primeira definindo deficiência para o trabalho como aquela "cuja possibilidade de conseguir, permanecer e progredir no emprego é substancialmente limitada em decorrência de uma reconhecida desvantagem física ou mental".

A Convenção n. 111, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, tem princípios sobre discriminação no emprego ou ocupação.

Considera discriminação (art. 1º) "*toda distinção, exclusão ou preferência fundada* na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que *tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão"* e que "as distinções, exclusões ou preferências fundadas em *qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação"*.

Duas questões sugerem a discussão conceitual.

A primeira é a recriminação, pelo ordenamento jurídico, do desvirtuamento, pelo empregador, do valor igualdade entre pessoas igualmente aptas para a ocupação, e outra não poderia ser a postura de um sistema jurídico que seria destituído de legitimidade caso não considerasse a importância da proibição da discriminação.

A segunda é a discussão sobre o aspecto causal, comportando dois diferentes modos de visões, um, o objetivo, que leva em conta apenas a ação ou omissão do empregador pelas evidências que as revelam, sem qualquer outra consideração, outro, o subjetivo, que não se limita à verificação da tipicidade da ação ou omissão, mas, também, da sua juridicidade ou antijuridicidade, ou seja, as suas razões determinantes, sendo esta a posição da OIT ao declarar, na Convenção n. 111, que as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.

Atendem-se, assim, às peculiaridades das funções profissionais que na empresa exijam aptidões especiais de ordem técnica ou mesmo moral (p. ex., a guarda de segredos de fabricação, as informações de natureza confidencial, a adequação da imagem de artista de novela de televisão para o papel que desempenhará etc.).

Talvez seja possível outra questão: o equacionamento entre liberdade e igualdade, mais precisamente, entre a livre escolha do empregador e o direito do trabalhador às oportunidades de emprego.

O direito brasileiro encaminha-se para a maior proteção dos direitos de personalidade do trabalhador (CC, arts. 11 a 21). São direitos

indisponíveis e irrenunciáveis. Assegura, entre outros direitos, indenização por dano moral ou patrimonial.

O Brasil ratificou a Convenção n. 132 da OIT sobre férias (Decreto Legislativo n. 47, de 23-9-1981), promulgou-a em 1999 (Decreto n. 3.197, de 5-10-1999) e em 23 de setembro de 1998 depositou o Instrumento de Ratificação, passando, referida Convenção, a vigorar, em nosso país, em 23 de setembro de 1999.

O sistema de férias dessa Convenção e o da CLT não coincidem. Estão pendentes algumas questões, e por ser ratificada pelo nosso país, a Convenção está em vigor e em nível igual ao da CLT.

A sua aplicação em nosso direito interno depende do critério teórico de comparação entre os dois sistemas, uma vez que para a *teoria do cúmulo* (doutrina francesa) deve ser comparada, separadamente, cada norma dos dois textos, prevalecendo a mais benéfica para o trabalhador (*favor laboratoris),* e recebe a crítica de contrariar a lógica do sistema; para a *doutrina da conglobação simples* (doutrina espanhola e italiana), a comparação deve ser global entre os dois textos tomados no seu conjunto, e recebe a crítica de provocar o excesso de abstração para o intérprete; e para a *teoria da conglobação limitada* (doutrina germânica), a comparação deve ser feita por grupos de normas, e merece a mesma crítica.

A teoria da conglobação não soluciona o problema, porque saber, entre a Convenção n. 132 e a CLT, qual dos textos é, na totalidade, mais favorável para o trabalhador é questão altamente opinativa e que pode dividir os intérpretes — para mim, a Convenção n. 132, mas, para outros, a conclusão pode ser diversa.

A comparação deve ser individualizada, confrontando-se cada artigo dos dois textos e observando-se o *favor laboratoris,* premissa que leva às seguintes alterações do nosso modelo: fracionamento das férias, com o mínimo de duas semanas; férias proporcionais devidas, qualquer que seja a causa da extinção do vínculo, indenizadas ou gozadas; gozo das férias em dias corridos, mais os feriados; consulta, do empregador ao empregado ou sua representação, para designar o momento em que o empregado gozará as férias.

O Convênio sobre as *piores formas de trabalho infantil* (C. n. 182) põe em debate essa modalidade de trabalho, no século passado

um dos episódios mais notáveis do que se convencionou chamar de questão social (Jean-Michel Servais). Desenvolveram-se, no plano internacional, diversas medidas de proteção que incluem a Convenção n. 5, de 1919, sobre idade mínima de admissão ao emprego, proibindo-o, em estabelecimentos industriais, para crianças com menos de 14 anos de idade, norma geral depois elevada para 15 anos e para trabalhos penosos. A Convenção n. 138 instou os Estados a perseguir uma política nacional que visa a assegurar a efetiva abolição do trabalho infantil e elevar, progressivamente, a idade mínima de admissão no emprego, ressalvando o trabalho para formação profissional.

O Brasil segue a política preconizada pela Convenção n. 182. No plano institucional, são diversos os órgãos que se ocupam do problema: no Poder Judiciário, os Juizados da Infância e da Juventude e a Justiça do Trabalho; no Poder Executivo, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério da Justiça, a Secretaria de Inspeção do Trabalho e o Grupo Especial de Combate ao Trabalho Infantil e de Proteção ao Trabalho do Adolescente, do Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria n. 7, de 2000), o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Estadual instauram investigações, inquéritos e ações judiciais, incluam-se o Conselho Tutelar, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, os Conselhos de Bem-Estar dos Menores, a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) e os Serviços de Aprendizagem e equivalentes.

Em nosso sistema legislativo, o *gênero trabalho do menor* comporta mais de uma modalidade: o *menor empregado* (CLT, art. 3º), o *menor aprendiz empregado* (CLT, art. 428), o *menor aprendiz não empregado* (CLT, art. 431), o *adolescente assistido* e o *trabalho socioeducativo* (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 67), e o *trabalho familiar* (CLT, art. 402). O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), de forte impacto na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais, e a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que alterou o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988, para dispor que é proibido "o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

§ 9º Direito internacional privado

Sumário: 1. Conflito de normas no espaço. 2. Brasileiro transferido para o estrangeiro. 3. Administratores. 4. Equiparação constitucional entre estrangeiros e brasileiros. 5. Necessidade do visto.

1. Conflito de normas no espaço

O problema do deslocamento de trabalhadores de um país para outro, por transferência temporária ou definitiva, pode trazer uma dificuldade. Qual é a lei aplicável no país para o qual o empregado foi transferido? Como fica a sua situação trabalhista no Brasil? O seu contrato, em nosso país, é suspenso ou terminado? Para contratar um estrangeiro que vem para o Brasil, a lei facilita ou dificulta?

Pode surgir um conflito entre a lei estrangeira e a brasileira. O princípio do direito internacional privado para a sua solução é o da *territorialidade.* O Tribunal Superior do Trabalho decidiu que "a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação" (Súmula n. 207).

Dois nacionais em outro país podem, segundo a sua vontade e desde que observadas as normas mínimas de proteção ao trabalhador, indicar, no contrato, direitos que querem ver observados e que são peculiares ao seu país. A escolha pelas partes contratuais da lei do seu país não terá no nosso o efeito de impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalhador aqui vigentes. Desse modo, a escolha da lei funciona no Brasil como uma opção no sentido da observância de um mínimo da lei brasileira e do máximo contratual.

Suponha-se que cláusula de um contrato individual de trabalho de outro país entre empregado diretor e empresa brasileira ou estrangeira venha a dispor — por absurdo — que a empresa não está obrigada a cumprir cláusulas de contratos coletivos de trabalho dos sindicatos do Brasil. Essa disposição das partes não teria eficácia e as convenções coletivas seriam aplicadas da mesma forma apesar da exclusão contratual porque haveria, nesse caso, uma violação do princípio da territorialidade e o afastamento do sistema de proteção das leis brasileiras.

É possível, em conclusão, dizer que o conteúdo do contrato de trabalho entre estrangeiros no Brasil é um *complexo contratual-legal* e o do contrato entre empresa brasileira e trabalhador estrangeiro ou entre empresa multinacional e trabalhador brasileiro em nosso país é *legal-contratual*, válidas estipulações mais favoráveis ao trabalhador, sempre respeitadas as normas mínimas de proteção ao trabalho vigentes em nosso país.

2. Brasileiro transferido para o estrangeiro

Quando o brasileiro é transferido para o estrangeiro, é lícita a suspensão do seu contrato de trabalho no Brasil. Nesse caso, a continuidade no Brasil de alguns direitos, inexistentes no estrangeiro, é matéria contratual. Difícil seria concluir que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço continuasse obrigatoriamente no Brasil durante a suspensão do contrato, incidindo sobre moeda estrangeira supervalorizada.

O mesmo é possível concluir quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias, embora haja certa controvérsia a respeito desse ponto da questão. É que existem tratados de reciprocidade de tratamento previdenciário entre alguns países mas não entre todos.

Incompatível, no entanto, parece-nos a suspensão do contrato com a continuidade dos direitos que não mais serão exigíveis em razão da suspensão do contrato e do próprio princípio da territorialidade que protegerá o transferido no país em que passar a exercer o serviço.

No entanto, se por contrato assim for decidido pelas partes, a obrigação por elas assumida terá base jurídica. É o que acontece quan-

do a empresa, além de pagar salários no exterior, compromete-se a assegurar parte do salário do transferido no Brasil.

3. Administradores

Há legislação que regula o trabalho do estrangeiro no Brasil, da qual faz parte a Resolução Normativa n. 10, de 11 de novembro de 1997, que dispõe sobre c*oncessão de visto a estrangeiro Administrador, Gerente, Diretor ou Executivo de Sociedade Comercial.*

O Conselho Nacional de Imigração (Lei n. 8.490, de 19-11-1992, e Decreto n. 840, de 22-6-1993) estabeleceu normas para a concessão de *visto* ao estrangeiro condicionando-a ao exercício da função que lhe for designada em ato devidamente registrado no Ministério do Trabalho e Emprego que exige, inclusive, comunicação quando há designação de nova função para a mesma pessoa.

O visto temporário limita as atividades e funções do estrangeiro. De acordo com a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil (art. 13), o visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil: I — em viagem cultural ou em missão de estudos; II — em viagem de negócios; III — na condição de artista ou desportista; IV — na condição de estudante; V — na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo brasileiro; VI — na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira. Há prazos de estada no Brasil para o portador de visto temporário, nos casos dos itens II e III, acima, de até noventa dias, e, nos demais, salvo a hipótese do item IV, que é de "um ano, prorrogável, quando for o caso, mediante prova do aproveitamento escolar e da matrícula", até a duração da missão, do contrato, ou da prestação de serviços comprovada perante a autoridade consular.

O término do contrato de trabalho, sua rescisão ou prorrogação devem ser comunicados ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Situação peculiar têm os expatriados, assim denominados os empregados contratados para trabalhar seguidamente em mais de um país, com o que se deslocam de um para outro país, segundo os interesses

do seu empregador. O problema que se coloca está em saber se nesse caso estar-se-á diante de um só contrato de trabalho, somando-se o tempo de serviço nos diversos países como único, ou se devem ser fracionados em relação ao período de cada país como se em cada um deles tivesse havido um contrato de trabalho específico.

A teoria da unificação do tempo de serviço é a que melhor se ajusta ao caso, mesmo porque, se o empregado foi contratado para esse fim de se deslocar entre diversos países, essa é a sua função contratual, o que justifica inteiramente a conclusão de que o contrato de trabalho é um só e mesmo, somando-se todo o tempo de serviço qualquer que seja o país em que tenha sido prestado, além de se aduzir a ele o tempo à disposição do empregador enquanto o empregado aguarda ordens de serviço (CLT, art. 4º).

Admitida a tese da unificação, o problema que segue é determinar a lei de que país é aplicável. O princípio da territorialidade, que rege a matéria, seria de difícil aplicação porque um mesmo empregado ao longo do tempo teria os seus direitos e deveres disciplinados pelas leis de tantos países quantos foram aqueles pelos quais ao largo do tempo passou.

A fragmentação de legislações no mesmo vínculo de emprego não é benéfica para o empregado, que teria nas variações do tempo direitos maiores ou menores de acordo com o ordenamento jurídico de cada país, nem para a empresa, que se veria diante de complicados problemas de administração desse contrato de trabalho, com o que penso que a melhor solução é aplicar a lei do local da contratação.

4. Equiparação constitucional entre estrangeiros e brasileiros

O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis, inclusive as leis trabalhistas. A Constituição de 1988, art. 5º, declara que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vìda, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

De acordo com a CLT (art. 359), nenhuma empresa poderá admitir a seu serviço empregado estrangeiro sem que este exiba a carteira de identidade de estrangeiro devidamente anotada, e é obrigada a assentar no registro de empregados os dados referentes à nacionalidade e número da respectiva carteira de identidade. A empresa pode designar estrangeiro para exercer as funções de administrador, gerente, diretor ou executivo, porém deverá cumprir com os requisitos estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, quanto às disposições legais referentes à constituição da empresa, e comprovar investimentos, transferência de tecnologia e de outros bens de capital e haver gerado no mínimo, durante o ano que antecedeu a chamada do administrador, gerente, diretor ou executivo, um crescimento da folha salarial referente a novos empregos em determinados parâmetros, estando adstrita a comunicações ao Ministério. Ressalva, no entanto, que ao estrangeiro titular de visto temporário (art. 98) é vedado exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil.

5. Necessidade do visto

O visto permanente é condicionado ao exercício da função para a qual foi solicitada Autorização de Trabalho no Ministério do Trabalho pelo prazo de até cinco anos, devendo tal condição constar no passaporte do estrangeiro, bem como do respectivo documento de identidade. O Departamento de Polícia Federal substituirá o documento de identidade por ocasião do seu vencimento, mediante comprovação de que o estrangeiro continua na função de administrador, gerente, diretor ou executivo.

O Ministério da Justiça é competente para analisar originalmente os pedidos de prorrogação ou transformação de vistos de trabalho para trabalhadores estrangeiros em território nacional, caso em que o Ministério do Trabalho e Emprego será ouvido pelo Ministério da Justiça. Há um formulário de Solicitação de Autorização de Trabalho a ser preenchido pela empresa, o qual, acompanhado de informações e documentos, deve ser remetido à Coordenação Geral de Imigração no Ministério do Trabalho e Emprego, que, após análise, emitirá parecer com o deferimento ou não da Autorização de Trabalho a Estrangeiro.

Capítulo III

Classificação sociojurídica do trabalho profissional

§ 10. Classificação sociológica e classificação jurídica

Sumário: 1. Classificação sociológica. 2. Classificação sociojurídica.

1. Classificação sociológica

Coube a Émile Durkheim (1858-1917) fazê-lo pela primeira vez.

Durkheim é considerado o chefe da moderna Escola Sociológica Francesa, conhecida como escola do *L'Année Sociologique*, pois foi nessa revista que com os seus discípulos expôs os seus pontos de vista. Escreveu *De la division du travail social*, em 1893, e daí por diante a sociologia tem se ocupado do tema.

Também Adam Smith (1723-1790) já distinguira o que considerou trabalho produtivo, decorrente da fabricação de objetos materiais e sua distribuição entre os consumidores, e trabalho improdutivo, aquele feito pelas demais pessoas e que "não se concretiza nem se realiza sobre um objeto ou coisa que se possa vender".

O pai da ciência da Economia considerou improdutivos "os sacerdotes, advogados, médicos e homens de letras de todo tipo, assim como os cômicos, farsantes, músicos, cantores, bailarinos de ópera etc.", cujo trabalho, "tal como a declamação do ator, o discurso do

orador ou os acordes do músico desvanecem-se no mesmo momento em que se produzem".

Hoje, entende-se que há divisão do trabalho quando as operações necessárias ao cumprimento de uma obra são decompostas em várias tarefas executadas por indivíduos (ou órgãos) diferentes. A divisão do trabalho é considerada fato natural, observado em certas sociedades animais, entre as abelhas e as formigas, é lei que se impõe em toda a atividade humana, qualquer que seja o seu domínio, científico, político, econômico, onde quer que existam forças intelectuais de um homem (Henri Guitton).

Houve, inicialmente, uma divisão rudimentar dos trabalhos segundo o *sexo* dos trabalhadores.

No período da economia doméstica e da inexistência de trocas, os membros de cada família produziam todas as coisas indispensáveis às suas necessidades, cabendo aos homens as atividades mais nobres, como a caça, a pesca, a criação de rebanhos, e às mulheres as demais, inclusive as mais penosas, atribuídas depois aos escravos e servos.

Carlos Magno já separara e regulamentara o trabalho de ferreiros, sapateiros, carpinteiros etc. Assim, uma separação de ofícios é encontrada na Antiguidade.

No sistema econômico de trocas, novas formas de divisão do trabalho fazem com que os trabalhadores ambulantes sejam destacados dos grupos fechados.

Na fase corporativa, as profissões são separadas.

A fase moderna, com o progresso industrial e comercial, multiplica o número de profissões, acrescentando-se às antigas. Surgem na mesma velocidade do progresso da técnica e das máquinas. Também as empresas especializam-se, passando a fabricar determinadas espécies de produtos e localizando-se em espaços geográficos diferentes. Num mesmo estabelecimento, a fabricação de um artigo decompõe-se em várias tarefas, cada qual confiada a um tipo diferente de operário.

Na estrutura industrial contemporânea o número de ocupações é quase inestimável.

Também o comércio apresenta-se acentuadamente dividido. O setor de serviço destacou-se como uma grande fonte de empregos.

Perrone afirma que "a vertiginosa rapidez das transformações no mundo do trabalho leva a supor que 75% dos empregos que existirão daqui a 10 anos são presentemente desconhecidos".

O *Dictionary of occupational titles*, dos Estados Unidos, em 1965 definia mais de 30.000 ocupações. A cada nova edição acrescenta cerca de mais de mil títulos.

As divisões científicas das ocupações na sociologia multiplicam-se considerando ora o grau de especializações (ocupações profissionais, semiprofissionais, proprietários, chefes de empresas, funcionários, trabalhadores burocráticos etc.), ora o tempo necessário à preparação profissional (nível de pós-graduação: pesquisa científica, magistério universitário; nível de graduação: profissões liberais; nível secundário: técnico agrícola, técnico industrial, contabilidade, professora primária, auxiliar de escritório; nível elementar: laboratorista, marceneiro prático, pequeno comerciante, ferramenteiro prático; ocupações sem educação formal: servente, trabalhador braçal, faxineiro), ora critérios diversos que variam segundo o autor[1].

São conhecidas as classificações de Anne Roe, de Donald E. Super etc.

Não só o trabalho industrial e comercial dos operários e empregados de balcão, mas outras atividades proliferam.

Delas, dá-nos uma ideia Wright Mills[2]: "Nas profissões liberais estabelecidas, o médico, o advogado, o engenheiro eram antigamente independentes, cada um com seu nome gravado numa tabuleta em cima da mesa. No novo mundo dos *colarinhos-brancos*, os especialistas assalariados de uma clínica, os sócios interessados de um escritório de advocacia, os engenheiros contratados de uma empresa começam a desafiar a liderança profissional independente. A medicina e o direito ainda têm uma posição predominante entre as profissões liberais, mas ao seu redor trabalham hoje pessoas formadas em novas especialidades. Há uma dezena de tipos de engenheiros sociais e técnicos mecânicos, uma multidão de assistentes de confiança, laboratoristas, enfermeiras

1. *Vocação e profissão*, Paulo Rosas, Ed. Vozes, 1970.

2. *A nova classe média*, trad., Zahar, 1969.

diplomadas ou não, desenhistas, estatísticos e assistentes sociais. No mundo das vendas, que muitas vezes parece refletir a sociedade como um todo, há as vendedoras sedentárias do magazine, os vendedores itinerantes de seguros, os vendedores ausentes, isto é, os publicitários, que, a distância, ajudam os outros a vender. Nas posições superiores estão as prima-donas, os vice-presidentes que se dizem 'meros vendedores, talvez um pouco mais criativos do que os outros'; nas posições inferiores estão as caixeiras de salário mínimo das lojas de preço fixo, que suspiram por um casamento para poderem deixar o emprego. Nos imensos arquivos do escritório, nas salas de contabilidade, contadores e agentes de compra substituem o antigo proprietário que fazia sua escrita sozinho. Nas posições inferiores desse mundo dos *colarinhos-brancos*, os empregados do escritório executam as tarefas rotineiras que alimentam e esvaziam o sistema de papéis; há secretárias particulares e datilógrafas, faturistas, correspondentes, mil tipos de auxiliares, operadores de máquinas leves, como as de calcular, os ditafones, as endereçadoras; e as recepcionistas para permitir ou barrar a entrada de pessoas".

A atual divisão do trabalho implica uma especialização de competências, até então desconhecida.

Não há dúvida de que o mundo moderno caracteriza-se por uma extremada divisão do trabalho.

A sociedade moderna converteu-se em um vasto e complexo sistema de provisão de serviços, que tendem a dar satisfação às necessidades cada vez mais crescentes da população. Ante essa nova realidade, a organização moderna do trabalho não é só uma técnica ou uma arte, mas adquire a fisionomia de um novo tipo de ciência (Vialard).

2. Classificação sociojurídica

A classificação jurídica do trabalho é sempre *sociojurídica.* Não pode deixar de ser um reflexo da divisão sociológica do trabalho. Se assim não for, tornar-se-á cada vez mais artificial ou ineficaz. É o risco que corre a legislação brasileira na época contemporânea. No Brasil, cerca da metade da força de trabalho é informal, o que equivale a dizer que por volta de 50% dos que seriam protegidos pela lei como empre-

gados não o são. Isso mostra o problema do distanciamento entre as duas perspectivas, a sociológica e a jurídica, de modo que esta não pode deixar de acompanhar aquela, e se não evoluir paralelamente corre o risco de se tornar um conjunto de leis inatuantes na sociedade.

O direito procura de algum modo acompanhar essa corrida vertiginosa da divisão social do trabalho.

E o faz sempre um passo atrás, o que é normal, porque o direito é um pedaço da vida social valorado pelos homens e elevado à categoria de modelo de conduta.

Procura, o Direito, cumprir o seu papel, o que nem sempre se torna fácil, intentando regulamentar juridicamente as diversas relações sociais.

Numa primeira postura separou o trabalho dos escravos e dos homens livres. A estes atribuiu direitos. Àqueles, não, equiparando-os às coisas.

Mais tarde, numa atitude que exigiu certo grau de abstração, distinguiu um ente que inicialmente denominou *pessoa moral*, considerando-o um ser transcendental aos homens que o constituíram. Daí a divisão entre pessoa jurídica e pessoa física.

A prestação de serviços e as atividades das pessoas jurídicas não só se moldam pelas normas de um setor do direito, o direito comum, como de algumas pessoas físicas, sob a forma de "locação". Se as pessoas jurídicas têm a natureza de direito público, o seu setor é o direito constitucional e o direito administrativo. Se forem entes de direito privado, a sua atividade é regida pelo direito civil ou comercial.

Com o industrialismo, surge uma classificação sensível às realidades da questão social, própria para as relações de trabalho entre os operários das fábricas e os seus patrões, daí a legislação de proteção ao operário das indústrias, às mulheres e menores e, depois, aos adultos.

Estendeu, o direito, o seu âmbito para o comércio e também para as atividades que, igualmente sob a forma de emprego, invadiam a infraestrutura social, decorrentes da realidade sociológica do trabalho.

Em alguns países, o direito do trabalho não só aos empregados dispensou a sua proteção, mas também a outros trabalhadores que, sem

continuidade e eventualmente, destinam a sua energia de trabalho a destinatários não especificados.

Discute-se quais as situações que a norma jurídica deve abranger, para uns, o trabalho sob a forma de emprego, para outros, todo tipo de atividade profissional, mesmo aquelas nas quais não há o trabalho subordinado, tendência que ganha cada vez mais aceitação tendo em vista os diferentes tipos de trabalho na sociedade pós-industrial.

Uma empresa tem necessidade de diversos tipos de trabalho além do exercido pelos seus empregados. Nenhuma dúvida existe, no entanto, quanto ao fato de que o direito do trabalho é aplicável sobre o *fato social trabalho*.

O âmbito de validez do direito individual do trabalho é cada vez mais todo o *trabalho profissional* determinado pela lei. Excluído fica, portanto, o trabalho por entretenimento, por ideal religioso etc. As realidades sociais são mutáveis como a própria história. Assim, o que hoje parece definitivo nada mais é do que o início de uma transformação do amanhã. Todas as conclusões aqui expostas, portanto, são provisórias, relativas ao momento que vivemos.

Ganhou aceitação a clássica divisão jurídica do trabalho em *autônomo e subordinado*. Mais do que isso, essas duas grandes categorias clássicas, que enquadram diversas figuras, foram mais tarde e a partir destas ampliadas.

O trabalho profissional disciplinado pelo direito do trabalho clássico é o *subordinado*. Todavia, nossa época assiste ao alargamento dessas fronteiras. Outros tipos de trabalho passam a ser também regidos pela nossa disciplina. Tudo indica que a dogmática jurídica terá de rever as suas conclusões a respeito do tipo de trabalho profissional que compete ao direito do trabalho, com forte tendência de absorção de uma tipologia mais flexível de contratos de trabalho.

§ 11. O trabalho subordinado e suas modificações

Sumário: 1. O trabalho subordinado. 2. O rompimento da concepção binária autonomia-subordinação. 3. A construção da concepção tricotômica autonomia-subordinação-parassubordinação

1. O trabalho subordinado

O ponto central do direito individual do trabalho é a subordinação.

A teoria da subordinação nasceu no direito italiano clássico com a contribuição doutrinária de Lodovico Barassi, para distinguir o trabalho do operário da indústria europeia da locação de serviços das teorias civilistas da época, como mostrarei ao estudar a natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador. Consolidou-se com o Código Civil da Itália de 1942, interpretada como a heterodireção da prestação de trabalho ou como a alienação dos frutos do trabalho por quem trabalhou para quem pagou salários e ficou com o produto do trabalho.

A jurisprudência dos *probiveri* recolheu essa noção traduzindo-a de um modo prático e operacional nos julgados dos órgãos corporativos. Os *probiveri* não teorizaram, mas contribuíram para a criação de uma noção técnica de subordinação como espécie jurídica distinta da locação de serviços. Nesse quadro, como salienta Gaeta, nasceu a progressiva substituição da categoria da *locatio operarum* pela do contrato de trabalho subordinado correspondente a determinado tipo de relação de trabalho com imagem própria, socioeconomicamente prevalecente,

merecedora da tutela da lei. Assim, foi destruída a concepção do vínculo de trabalho dentro das fronteiras civilistas, das quais se afastou definitivamente. Restou, apenas, a figura do *contrato, mas* desenvolveu-se uma dogmática jurídica dentro e fora das fronteiras do contrato, e naquela gerado o desenho de um contrato especial visto por alguns como *sui generis.*

A construção de Barassi em *Il contratto di lavoro* (1901) é considerada decisiva. Foi extremamente crítico. Utilizou as noções de subordinação e dependência para a edificação da sua teoria para explicar o tipo jurídico de contrato que moldurou o trabalho para outrem.

A subordinação, em sua teoria, consistia em pôr à disposição a própria força de trabalho a favor da outra parte contratante, endereçada segundo o próprio escopo pessoal do trabalhador, o que se identificou com o submetimento da prestação ao critério diretivo do empregador. Era correlata ao risco do trabalho que na *locatio operarum* ficava a cargo do *dador* de trabalho. O *efeito Barassi* fez da subordinação a força atrativa da aplicação de uma legislação social especial para proteger o operário de fábrica. As leis sociais e a subordinação passaram a caminhar juntas sob a figura do contrato de trabalho, que centralizou os limites da tutela. Nesse desenho, o trabalhador subordinado foi assemelhado a *dependente,* expressão até hoje usada no direito peninsular. Esses motivos levam o direito italiano a considerar Barassi o pai do direito do trabalho.

A teoria da subordinação de Barassi é uma tentativa de afastar os componentes socioeconômicos dessa figura, trazendo-os para a esfera exclusivamente jurídica. Em outras palavras, foi a primeira juridicização do trabalho do operário fundada na relação entre dependência jurídica, de um lado, e poder diretivo, de outro. Tem o mérito, também, de tratar essa relação jurídica no âmbito dos contratos, embora com características especiais, definindo, daí por diante, a sua natureza jurídica, apesar da coexistência de outras teorias.

Nem todos os sistemas jurídicos seguiram a teoria da subordinação. A Espanha optou por outro conceito ao classificar o trabalho em *trabalho por conta própri*a e *trabalho por conta alheia.* O institucionalismo francês e o organicismo alemão também se posicionaram de modo diferente, optando o primeiro, para explicar o vínculo de empre-

go, pela *teoria da instituição* e o segundo pela *teoria organicista da empresa*. Esta é considerada uma comunidade de serviços na qual não há contratos, mas deveres e direitos.

2. O rompimento da concepção binária autonomia--subordinação

A classificação jurídica do trabalho depois do período inicial da *locação*, que separou o trabalho do Código Civil do trabalho da legislação trabalhista, criou duas áreas tradicionais, a do trabalho autônomo — trabalho para si —, que continuou regido pelo Código Civil, e a do trabalho subordinado — trabalho para outro —, que se tornou o padrão clássico do Direito do Trabalho, de tal modo que a figura do empregado praticamente confundiu-se com a do subordinado ou dependente do poder de direção daquele para quem a sua atividade era exercida mediante o pagamento de um salário.

Assim nasceu a concepção binária *autonomia-subordinação,* que foi, e de certo modo ainda é, a medida de separação das duas grandes áreas do direito individual do trabalho: a do trabalho subordinado, área maior e em sintonia com os princípios protetivos do direito do trabalho, e a área não trabalhista, em consonância com as noções contratuais do direito comercial, civil e empresarial.

Essa divisão de áreas mostra que o trabalho prestado pela pessoa física nem sempre o é sob a forma de emprego, porque é expressivo o contingente de pessoas que trabalham por conta própria, principalmente em vendas, mas também em diferentes tipos de organizações, porque mesmo uma empresa industrial necessita de fornecedores, consultores, prestadores de serviços eventuais e outras pessoas físicas que para ela atuam por conta própria, de modo diferente daquele que faz o empregado.

A questão do trabalho contemporâneo pode ser mais bem compreendida à luz das observações do já analisado Relatório da *Associação de Estudos Laborais* (*v.* § 3º, n. 11) ao concluir que o modelo de regulação socioeconômica no qual se apoiava o direito do trabalho desde o início do século está em crise, com as alterações que se processaram em relação à empresa, ao sindicato e ao Estado, com a reor-

ganização interna do trabalho, a produção mais seletiva e não estandardizada, a necessidade de aprendizagem mais larga e contínua do trabalhador, estabilidade no emprego cedendo lugar a contratos mais aleatórios, o desemprego e a retipificação dos contratos de trabalho.

Há mais de uma forma de ver — e denominar — esse fenômeno presente nas sociedades economicamente mais desenvolvidas.

É para alguns a *desestruturação* do direito do trabalho em benefício de uma *recontratualização civilista.* Para outros é uma agressão ao princípio da igualdade se o seu objetivo for criar diversificações regulativas para cada tipo de trabalho.

Outros, ainda, o veem como um meio de precarização do trabalho e redução dos custos pelas empresas premidas por uma competitividade que as leva a tudo.

Outros, mais, preferem compreendê-lo como uma proposta de sentido social-econômico na medida em que possa trazer para o âmbito do direito do trabalho outras regulações de vínculos de trabalho que não podem enquadrar-se no padrão típico do trabalho em tempo integral, por prazo indeterminado.

O direito do trabalho contemporâneo, tanto no plano dogmático como no legislativo, vem procurando fundamentações para explicar e regular a nova categoria abrangente das formas atuais de trabalho profissional não enquadráveis nos moldes até hoje prevalecentes; na Itália cresceu a *parassubordinação* e na Alemanha, a figura dos *quase-empregados.*

Trabalho atípico ou especial é aquele prestado por uma pessoa física com pessoalidade e em caráter profissional, para empresa ou não, com ou sem subordinação, com características que o afastam do padrão tradicional da relação de emprego quer quanto aos seus sujeitos, à sua duração, ao tempo de atividade, forma de remuneração e local em que a atividade é desenvolvida.

A sua tipologia não abrange *situações de emprego comum* que surgiram no início da sociedade industrial e se mantêm na atualidade tanto no setor industrial, como comercial e de serviços com a moldura do *empregado-padrão-por-tempo-indeterminado* nem situações de empregos regidas por meio de regulamentações profissionais especiais

— ex.: relação de emprego do bancário — ou para as quais a lei destine proteção especial — ex.: empregado menor ou mulher — regidas por regras especiais de contrato de emprego típico que tenham a configuração empregatícia padronizada no modelo jurídico tradicional.

Como ensina Maria do Rosário Palma Ramalho, o modelo típico de empresa laboral cede o seu lugar para uma multiplicidade de modelos empresariais e a denominada relação de trabalho típica deixa de ser a dominante para passar a ser apenas mais uma entre diversas situações juslaborais.

Nota-se, portanto, que a retipificação resulta não só de interesses empresariais de redução de custos do trabalho, de maximização da produtividade com menor contingente de trabalhadores, e de atendimento a exigências de especialização diante da nova tecnologia que interfere diretamente nos sistemas de produção de bens e prestação de serviços.

As empresas contemporâneas usam estratégias como a exteriorização dos empregos equipadas com equipamentos que não exigem mão de obra intensiva permanente e a tempo integral.

Assim, surgiram outras modalidades de trabalho como o trabalho avulso, no domicílio, a distância ou o teletrabalho, além de formas de trabalho atípico *juridicamente autônomas*. A grande empresa utiliza-se não só de empregados mas também de serviço do eventual, do intermitente e do trabalho autônomo.

3. A construção da concepção tricotômica autonomia--subordinação-parassubordinação

Em fevereiro de 2008, na *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata,* de Roma, com a presença dos maiores professores universitários atuais dos principais países europeus, realizou-se um congresso para discutir o tema *Lavoro autonomo e diritto del lavoro: quali frontiere*? — Trabalho autônomo e direito do trabalho: quais são as fronteiras? —, no qual a experiência e os problemas nos diversos ordenamentos, inclusive do Brasil por mim relatados, foram debatidos por Perone, Santoro-Passareli, Prosperetti, Vallebona, Anastasi, Guariello, Ales, Tirasboschi, Plantade e Proia, da Itália; Marbold, da Alemanha;

Muñoz, da Espanha; Engbloln, da Suécia; Conmti, da Colômbia; Álvarez, da Venezuela, e Vianna, do Brasil.

A maior novidade foi a lei sobre trabalhador autônomo economicamente dependente, da Espanha, e que tem o nome de *Estatuto do Trabalho Autônomo,* de 2007 (Lei n. 20), que cria a figura *do autônomo semidependente,* bem como outra classificação, do *trabalho autônomo, do autoempresário e do autônomo por conta de outrem* — dependente, embora não subordinado —, e fixa um percentual de 75% auferidos de uma única fonte para configurar a dependência econômica do autônomo.

Ficou claro que dependência econômica não é o mesmo que subordinação e, por outro lado, que *habitualidade do serviço para a mesma fonte*, por si, também é insuficiente para configurar subordinação. Há pessoas que não sendo empregadas ocupam uma posição na empresa quase da mesma natureza de trabalhadores subordinados.

A principal conclusão do Congresso foi a insuficiência da concepção binária *autonomia-subordinação* para abranger toda a multiplicidade de situações que se desenvolvem na sociedade pós-industrial e a nova tipologia de contratos de trabalho que não se enquadram rigorosamente nem como autônomos nem como subordinados, o que levou os debates para a análise da necessidade, no direito do trabalho, de uma construção teórica de classificação com três, e não mais duas, dimensões, de binária — autonomia-subordinação — para *tricotômica* ou *trinária.*

Discutiu-se qual seria a melhor forma dogmática de expressar essa transformação no direito do trabalho, e, por influência da doutrina italiana, a maior aceitação foi para a teoria da parassubordinação, considerada capaz de explicar as modificações recentes da divisão jurídica do trabalho, pois, pela sua amplitude, pode reunir diversas formas de trabalho nos mais diferentes setores econômicos do mundo atual e as novas formas organizativas empresariais compatibilizadas com o número crescente de trabalhadores não empregados, que exigem proteção porque estão fora do sistema legal vigente e se encontram na economia informal, problema que, na Europa, se agrava com os imigrantes e, no Brasil, com os excluídos.

Se for possível sintetizar as propostas acolhidas, resumem-se às seguintes:

a) o direito do trabalho não abrange as novas modalidades de trabalho;

b) existem relações de trabalho que se situam numa zona cinzenta, que não se enquadram nem na autonomia plena nem na subordinação total;

c) essas novas modalidades não podem ser revolvidas pelo direito civil, e estão num estado de incerteza jurídica que exige proteção legal;

d) não obstante, a essas novas modalidades de trabalhadores devem ser assegurados alguns direitos, como os direitos fundamentais do trabalho decente, a proteção contra discriminações, a proibição do trabalho forçado, a defesa das crianças e adolescentes que trabalham e a proteção da seguridade social.

Diante disso, concluiu-se ser necessário rever o campo de aplicação do direito do trabalho, sobretudo as novas formas jurídicas de trabalho. Em outras palavras, revolver os confins do direito do trabalho para que se possa dispensar proteção aos grupos vulneráveis.

Importante, também, é o desenvolvimento, pelos governos, de políticas de proteção para adequação das leis à realidade, a revisão das zonas limítrofes da subordinação, as regulamentações novas que não devem inserir-se como empregatícias de atividades como as temporárias, as de formação profissional e aprendizagem, a estacional ou sazonal, a dos profissionais liberais inscritos nos seus respectivos conselhos — o que basta, na Itália e na França, para evitar que sejam considerados empregados subordinados, tendo em vista a autonomia natural da sua profissão, tal como o representante comercial, o médico, o advogado, o psicólogo etc.

Afirmou-se, ainda, que deve ser reavaliada a tendência da sentença judicial em transformar em empregado aquele que está em situação que tangencia as zonas de separação de áreas de trabalho próximas, que não devem ser interpenetradas. O custo da empresa é fator a ser considerado numa política de desenvolvimento econômico onde se pretende dar trabalho ao maior número de pessoas.

Enfim, o informal — 25% da força de trabalho italiana — é formalizável, e este não é apenas um problema de legalidade, mas de

excessiva rigidez da lei e de custo do trabalho — por exemplo, o aumento de 1.000 euros para 2.000 euros, na Itália, com encargos sociais —, o que levou, nesse país, as grandes empresas a abandonar regiões de maior custo em prejuízo da região abandonada, que perdeu postos de trabalho.

A situação atual só pode ser superada com uma nova tipologia de contratos de trabalho além das fronteiras da concepção binária tradicional mas hoje irreal, com a tributarização dos ônus previdenciários e o rompimento da concepção binária *subordinação-autonomia*.

A concepção trinária não é produto apenas do pensamento europeu. Em 2000, o conceituado jurista uruguaio Juan Razo Delgue (*v. La contratación atípica del trabajo,* AMF) já alertava, diante da realidade sul-americana, sobre a mesma necessidade tripartida e os novos contratos de trabalho, que se afastam do modelo estável, a tempo completo, e a segmentação do sistema de relações laborais. Afirma Delgue que existe hoje uma disfunção entre o trabalho subordinado e o trabalho economicamente dependente, pois nem todo trabalho dependente é alcançado pelo direito do trabalho, enquanto franjas de trabalho formalmente subordinado — mas econômica e socialmente independentes (por exemplo, altos executivos) — são tuteladas pela disciplina laboral, o que é um erro.

§ 12. Tipos especiais de trabalho

Sumário. 1. Trabalho profissional. 2. Trabalho religioso. 3. Trabalho familiar. 4. O problema do trabalho desportivo. 5. Trabalho não profissional: trabalho voluntário e trabalho assistencial.

1. Trabalho profissional

Há uma discussão. A legislação trabalhista é aplicável a toda profissão e tipo de trabalho? Existem tipos de trabalho que diante das suas características ficam afastados do direito do trabalho?

Convém examiná-los.

Antonio Peinador Navarro define profissão como a aplicação ordenada e racional de parte da atividade do homem destinada a qualquer dos fins imediatos e fundamentais da vida humana[1]. Ressalta o mesmo autor que não está compreendido na categoria de profissão mero exercício de uma atividade, espiritual ou liberal, mas atividade ordenada e dirigida a terceiros em caráter habitual.

Não é profissional, nesses termos, quem age para si próprio, embora num trabalho constante. Assim, quem por diversão passa a vida ocupado em misteres que lhe tragam vantagens ou satisfação não é considerado um profissional. Também não é profissão a atividade ilícita, uma vez que o trabalho é ordenado a um fim: servir terceiros; logo, o ilícito não pode ser objeto de uma profissão.

1. *Tratado de moral profissional*, BAC.

Quem faz comércio do seu corpo não é, tecnicamente, profissional. Aquele que exerce atividade de fins ilícitos não pode ser juridicamente declarado profissional, orientação, aliás, adotada pelos tribunais, como no caso do cambista de jogo do bicho[2]. Quando não fosse por uma razão de ordem jurídica, um imperativo de natureza ética e moral impede solução diversa.

O profissional é o homem que exerce uma profissão. "Pode-se dar o nome de profissional, até com certa propriedade científica, a todo aquele que tem exercitado, de maneira habitual, uma missão especial que cumprir em benefício dos demais, com a contrapartida a seu favor, do direito à justa compensação pelo seu trabalho"[3].

É a *profissionalidade*, como frisa Cabanellas[4], a condição inerente ao trabalhador que presta os serviços próprios de um emprego, faculdade ou ofício, o que implica a necessidade de um requisito prévio, o trabalho assalariado, e outro delimitativo, a subordinação com que é prestado para outrem.

Discutem-se tipos específicos de trabalho quanto à sua profissionalidade ou não em função da sua natureza, finalidade e características.

2. Trabalho religioso

O *trabalho religioso*, em princípio, não configura um contrato de emprego, mas é necessário distinguir entre trabalho religioso e trabalho para instituição religiosa, porque este último pode expressar-se por meio de atividades profissionais, como, também, entre o trabalho religioso profissionalizado e o não profissionalizado.

As relações entre os religiosos e suas instituições não constituem, portanto, um contrato de trabalho.

Tal se dá porque o trabalho religioso não é considerado profissional, no sentido técnico do termo. Os seus propósitos são ideais, o exercício de uma vocação. O fim a que se destina é de ordem espiritual e não profissional. A atividade religiosa é desenvolvida desinteressadamente e não como meio de obtenção de utilidades econômicas.

---

2. Acórdão 2.562/66, TST, *LTr, 31*:31.

3. Antonio Peinador Navarro, *Tratado de moral profissional*, Madrid, BAC, 1962.

4. *Compendio*, cit., Buenos Aires, Omeba, 1968, v. 1, p. 407.

Paul Durand salienta que o trabalho dos religiosos para as suas ordens não visa à obtenção de um salário. A retribuição que recebem os clérigos por tais serviços não tem natureza salarial. A atividade ou trabalho é simplesmente o acessório, cujo principal é o "aperfeiçoamento moral ou a prática de caridade para com o próximo".

Para Planiol e Ripert não há contrato de trabalho no compromisso que une o religioso à congregação que integra, não obstante existir por parte daquele uma subordinação à autoridade religiosa da ordem.

Cabanellas[5] entende que "os serviços que prestam os trabalhadores nos templos e outros lugares destinados ao culto não oferecem caráter laboral, pela ausência de lucro próprio das atividades religiosas, de finalidade altruística, benéfica e inclusive ultraterrena. A retribuição que se paga não constitui salário, mas o pagamento de um serviço, comumente prestado por quem comparte iguais sentimentos religiosos que o sacerdote ou a congregação que remunera as atividades. As prestações dos sacerdotes ou membros de ordens religiosas, tanto masculinas como femininas, não enquadram o contrato de trabalho se correspondem à sua específica missão; mas podem dar-se circunstâncias especiais em que clérigos e freiras desempenhem tarefas análogas às seculares, como as de professores contratados por certas instituições, em que podem ostentar caráter laboral se tal é a condição das prestações estipuladas".

Luisa Gallantino, sobre o direito da Itália, em *Diritto del lavoro* (2001), afirma que a presunção *jure et de iure* é da gratuidade do trabalho religioso, mas há outros aspectos que são considerados, em cada caso: o conceito de *religioso,* porque há aqueles que têm um particular *status* na Igreja*,* como *Ministros de Culto, Eclesiásticos, Clérigos* e outros que fizeram voto público para a profissão evangélica; o modo como a atividade é prestada, para saber se é uma forma de atividade trabalhista, carismática ou espiritual; se é prestada internamente, para terceiros ou entes públicos, concluindo que é importante fazer essas distinções para saber se há o exercício de um ministério sacro ao qual é inaplicável a regulamentação trabalhista, ou uma atividade secular profissional como a do padre professor da escola, a freira enfermeira

5. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, p. 364.

etc., de modo que só o estado de eclesiástico por si não exclui a relação de emprego. Em outras palavras, importante é, em cada caso, verificar se a atividade é exclusivamente *officii vel religionis causa* ou se é um *trabalho profissional* e neste se é um trabalho *autônomo* ou *subordinado.*

Dizer que o trabalho religioso não entra no âmbito do contrato de trabalho não é o mesmo que afirmar que a Igreja não pode ser empregadora e que os religiosos não podem ser empregados.

As associações ou instituições sem fins lucrativos e de fins culturais, espirituais e religiosos podem ser empregadoras. Basta que contratem empregados. Uma igreja pode ter um faxineiro empregado.

Os religiosos também podem, por outro lado, figurar numa relação de emprego. Basta que exerçam outra atividade, como o magistério etc. Um sacerdote pode trabalhar nos serviços sociais e espirituais de uma empresa. Será empregado, regido pela legislação trabalhista. Não pode o trabalho religioso como tal configurar um contrato de trabalho. Podem, no entanto, os religiosos figurar como sujeitos de um contrato de trabalho, desde que outra atividade material e de caráter profissional, por conta alheia, venha a ser por eles exercitada para outrem.

A Justiça do Trabalho apreciou questão ajuizada por pastor protestante contra a sua igreja, na qual reclamava os direitos conferidos pela legislação trabalhista aos empregados. Decidiu pela inexistência de relação de emprego, considerando o sentido espiritual da atividade em questão.

Dispõe o acórdão que "as normas que disciplinam as relações entre o pastor, o templo e seus fiéis têm sua fonte de inspiração no Poder Espiritual. O pastor protestante, a exemplo do padre da Igreja Católica Romana, sem atividade leiga, vive de espórtulas tiradas das prebendas, donativos dos crentes. Confundir espórtulas com salários, contraprestação de serviço, importa em deformação da crença religiosa, em farsa de princípios, no reconhecimento de trabalho mercenário. O pastor é carente de ação no foro trabalhista pela inexistência de relação empregatícia"[6].

6. Ac. 687/62, TRT, 1ª Reg., *LTr, 30*:184.

De Ferrari cita decisão da justiça uruguaia excluindo o sacerdote do âmbito da relação de emprego[7].

Também Renato Corrado[8] tem o mesmo ponto de vista.

O trabalho prestado pelo sacerdote à Igreja Católica, e o mesmo se estende às freiras, apesar de alguns aspectos instrumentais, tem uma finalidade que o afasta do âmbito contratual. Celebrar missa não é relação de natureza contratual. Por outro lado, as relações existentes entre o sacerdote e a Igreja Católica não são regidas pelo direito estatal, mas pelo direito canônico. Assim, uma disciplina particular e específica regula essa atividade, sendo que um Estado não pode invadir o âmbito jurisdicional de outro Estado. A ordem jurídica eclesiástica emana do Estado do Vaticano. A ordem jurídica trabalhista provém de outros Estados. Seria uma interferência indevida no plano das relações internacionais a imposição da legislação trabalhista estatal à esfera da comunidade religiosa da Igreja Católica. O direito canônico estabelecerá os fatos constitutivos e determinantes dessas relações, especificando a sua natureza, requisitos, validade e eficácia, seja também para resolver as controvérsias delas resultantes. As sentenças que solucionarão esses casos procederão das autoridades eclesiásticas e terão caráter jurisdicional no seu âmbito.

Pode, todavia, o sacerdote desempenhar outras atividades além das sacerdotais, para instituições diversas. Sua contribuição, no campo da educação, é apreciável. Poderá, nesse caso, surgir uma relação jurídica trabalhista, regida pelas normas comuns aos empregados em geral. Não é, portanto, precluso ao sacerdote exercer uma atividade profissional, para entes públicos ou privados, em forma de emprego.

Os religiosos, especialmente as freiras, podem ser encontrados, ao lado do médico, da enfermeira, da atendente, nos trabalhos dos hospitais.

Em princípio, pode-se afirmar que nessas circunstâncias pode surgir uma relação de emprego com o hospital. Tudo dependerá das obrigações exigidas do religioso.

---

7. *Derecho del trabajo*, cit., p. 240.

8. *Trattato di diritto del lavoro*, UTET, 1966, p. 88.

Se a sua presença no hospital tem fins exclusivamente espirituais e de assistência religiosa, é evidente que nenhuma vinculação terá com o hospital. Estará no desempenho das suas funções normais e a serviço da Igreja a que pertence.

Porém, se os religiosos participam, por força de um dever contratual, dos trabalhos materiais de assistência médica dos pacientes ou de caráter administrativo em benefício do hospital, esse serviço, desde que remunerado, pode ensejar uma relação empregatícia. Tal se dá porque nessas condições o religioso não estará agindo como tal. A freira será uma atendente ou uma enfermeira, embora com as vestes religiosas. A nossa lei soluciona a questão no sentido de negar a existência de contrato de trabalho daqueles que trabalhem em estabelecimentos hospitalares e fisioterápicos por força de voto religioso (CLT, art. 352, § 1º, *n*).

O trabalho dos leigos, assim entendidos aqueles que não receberam ordens sacras, desde que voltados para os fins espirituais, é resolvido nos mesmos moldes que o trabalho dos padres, pastores e freiras. Não será empregado da Igreja Católica o leigo que participa da celebração da missa lendo o Evangelho.

Leigos são, no entanto, não só os *fiéis*, mas também outras pessoas, como o sacristão, o organista etc.

A rigor, o sacristão, o organista e as pessoas que executam trabalho de igual sentido não são religiosos. Esse trabalho, bem examinado, não se equipara ao do sacerdote e do pastor. Tem fins materiais e via de regra reveste-se de características profissionais. Um coro pode cantar numa igreja, por espírito de colaboração e ideal religioso, gratuitamente. Mas também poderá fazê-lo numa atividade remunerada, em caráter continuado, surgindo uma relação empregatícia, com direitos e obrigações recíprocas entre as partes.

Renato Corrado entende, com todo acerto, que os leigos constituem uma categoria de sujeitos em contraposição às pessoas eclesiásticas e religiosas.

Note-se, todavia, a profissionalização crescente do trabalho religioso, de modo que em alguns tipos de igrejas há uma estrutura que muito se aproxima da empresarial, com hierarquia, subordinação, remuneração, de modo que não se pode mais pensar em trabalho reli-

gioso, quando exercido nessas condições, sob a perspectiva inicial em que se limitava a uma atividade espiritual sem nenhum propósito profissional. O poder econômico de determinadas igrejas é suficiente para ter canais de televisão e emissoras de rádio, e internamente toda uma estrutura administrativa e financeira encarrega-se da produção para levar a fé aos fiéis.

3. Trabalho familiar

Outro tipo específico de trabalho que gera discussões quanto à sua profissionalidade ou não é o trabalho familiar.

O tema tem sido bastante estudado no direito italiano.

A situação jurídica do *trabalho familiar* tem sido também objeto de estudos, como os de Cabanellas[9], De Ferrari[10], Paul Durand[11], Giuliano Mazzoni[12], Renato Scognamiglio[13], Renato Corrado[14], Ghezzi[15], Freyria[16] e outros.

Considera-se trabalho familiar aquele prestado no ordenamento familiar entre os membros que cooperam com o chefe em atividade profissional deste ou de qualquer dos integrantes do grupo. Trata-se, portanto, de trabalho exercido pelas pessoas de uma mesma família cuja prestação de serviços é "affectionis vel benevolentiae cause".

Difere do trabalho a domicílio, este de natureza industrial ou comercial, exercido pelo trabalhador, na sua própria residência, configurando contrato de trabalho. Também não se confunde com o trabalho doméstico, que é aquele prestado para pessoa ou família no âmbito residencial, ordenado às necessidades normais desse. No trabalho familiar, que estamos examinando, existem fins produtivos e econômicos. No trabalho doméstico, todavia, nenhuma atividade lucrativa é desenvolvida.

---

9. *Compendio*, cit., p. 363.
10. *Derecho del trabajo*, cit., p. 244.
11. *Traité*, cit., p. 221.
12. *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1969, p. 422.
13. *Diritto del lavoro*, Bari, 1969, p. 167.
14. *Trattato*, cit., p. 667.
15. *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960.
16. La notion de relation de travail entre époux, *Droit social*, 1952, p. 378.

Portanto, o problema consiste em saber se os serviços que caracterizam relação de emprego tendo como partes pessoas da mesma família entre si são os regidos pelas leis trabalhistas. Nesse caso encontra-se o trabalho entre esposos, de filho para pai etc.

A doutrina inclina-se a recusar a extensão do direito do trabalho para o trabalho familiar.

De Ferrari[17] sustenta que "essa atividade, sob o ponto de vista material, é igual à que leva a cabo o trabalhador, mas escapa não obstante às normas constitutivas do direito do trabalho". Mas acrescenta que "é verdade que a mulher casada pode ser empregada do seu esposo em outras atividades distintas das domésticas, mas nessas circunstâncias está sujeita às referidas normas". Entende, também, que "tampouco interessam ao direito do trabalho as tarefas que cumpre o menor em virtude dos poderes jurídicos de que é titular o pai. A *patria potestas* inclui, como é sabido, a faculdade de exigir do menor os trabalhos próprios de sua idade. Dentro da organização da família e do espírito de colaboração e solidariedade sobre que repousa esse grupo humano, o trabalho dos menores contribui, em uma medida limitada, ao sustento da família. Nestes casos, o trabalho se realiza com esse fim e não com espírito de lucro".

Também Paul Durand, com apoio na jurisprudência francesa, que entende tratar-se de trabalhos prestados em contrapartida dos alimentos recebidos, afirma que "todo esse domínio, que é o do estatuto familiar, está subtraído do direito do trabalho"[18].

A justiça do Uruguai decidiu que os serviços que os pais, nessa qualidade, podem reclamar dos filhos menores são aqueles que se entendem suficientemente remunerados com a alimentação e educação que recebem e que revestem o caráter de atos próprios da vida diária do lugar, mas em troca não correspondem àqueles outros trabalhos cumpridos em atividades remuneradas e úteis para ganhar-se a vida[19].

Scognamiglio entende que, salvo estipulação dos sujeitos interessados, desde que operem dentro de uma autonomia própria dessas si-

17. *Derecho del trabajo*, cit., p. 244.

18. *Traité*, cit., t. 1, p. 222.

19. In De Ferrari, *Derecho del trabajo*, cit., p. 245.

tuações e na órbita familiar, o trabalho familiar não constituirá uma espécie de relação de emprego[20].

Não difere Cabanellas[21]: "Os membros de uma família, que cooperam com o chefe da mesma em atividade profissional deste, não são considerados sujeitos de uma relação de dependência contratual, a qual os situa fora dos serviços profissionais e assalariados que regula o direito laboral. Tal é o filho que trabalha com o pai e também a mulher que ajuda o marido, por estimar-se que na prestação filial e conjugal prevalecem o afeto e a colaboração familiares".

Penso que, se em princípio o trabalho familiar não está incluído na esfera de atuação do direito do trabalho, nada impede que entre esposa e marido ou entre filhos e pais exista um contrato de trabalho. Nenhuma proibição legal existe em nosso direito, ao contrário de outros sistemas jurídicos como o da Argentina, cujo Código Civil (arts. 277 e 279) proíbe contratos entre pais e filhos menores, e o espanhol, que expressamente exclui da regulamentação trabalhista "os contratos de caráter familiar onde somente estejam ocupadas pessoas da família ou por ela aceitas, sob a direção de um de seus membros, sempre que os que trabalhem não se considerem assalariados" (art. 2º, *a*).

Acrescente-se que a lei brasileira, ao dispor que não se sujeitam às normas de duração do trabalho as pessoas que trabalham em regime familiar, dá a entender que atribui ao trabalho familiar a natureza de relação jurídica de emprego com prescrições especiais. Mais importante, no entanto, será especificar em cada caso concreto, entre os trabalhos decorrentes do dever de assistência familiar e ordenados a esse fim, e aqueles que embora entre familiares constituem um contrato de trabalho assalariado, caso em que não se relutaria em aplicar as leis trabalhistas. Estes entram na esfera laboral.

Aqueles, como diz Barassi[22], "integrano normalmente gli estremi di una comunione, che, pur poggiando su una base di solidarietà affetiva, può avere un contenuto patrimoniale".

---

20. *Diritto del lavoro*, cit., p. 167.

21. *Compendio*, cit., p. 363.

22. *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, p. 449.

Para Cassì[23], "no trabalho familiar presume-se que a prestação seja feita espontaneamente em adimplemento de um dever moral, salvo a prova em contrário quanto ao *animus contrahendi*".

Também Napoletano[24] entende que "está excluído o vínculo empregatício no caso de serviços de natureza doméstica entre familiares".

No mesmo sentido, Savino[25]: "No caso de prestação de trabalhos na família estritos e correlacionados com o empreendimento dos familiares, em falta de indícios de vontade em contrário das partes, deve propender-se para a gratuidade da relação mas subsistindo elementos para excluir tal gratuidade deve-se propender para uma relação associativa com participação nas utilidades".

Expressivas são as afirmações de Corrado[26]: "A prestação de trabalho entre familiares é justificada pelo sentimento de afeto e benevolência; nela, os emolumentos que eventualmente o chefe de família corresponda à mulher e aos filhos não assumem o caráter de salário, mas representam liberalidade de uso. De outro lado, entre familiares é possível concluir-se contrato de trabalho quando se depreender uma clara cisão entre família e empresa, cabendo a quem o afirmar a prova do fundamento contratual dessa prestação".

Mesma orientação é a de Guidotti[27]: "O trabalho familiar prestado no empreendimento do chefe de família, no cumprimento de obrigações de colaboração e assistência familiar não reentra na categoria de relação de trabalho". E de Santoro Passarelli[28]: "Não se verifica relação de emprego quando o trabalho seja prestado espontaneamente pela pessoa da família, e desde que se preste ao cumprimento de um dever específico de trabalho, correlativo ao direito de manutenção".

4. O problema do trabalho desportivo

Veremos agora o *trabalho desportivo*.

---

23. *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano, 1954, p. 173.
24. *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955, p. 276.
25. *Il lavoro nei rapporti associativi*, Borsi e Pergolesi, 1955, p. 390.
26. *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 281.
27. *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956.
28. *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1956.

O vocábulo *desporte* provém da linguagem gremial dos marinheiros mediterrâneos, que, à sua vida trabalhosa do mar, opunham a sua vida deliciosa do porto. *Desporte* é estar *de portu*. Na cultura de Provença aparecem as palavras *deports* e *solatz*, a primeira significando mais o jogo de conversação e poesia, a segunda representando exercícios corporais, caça, danças etc.

Intentam os pensadores distinguir, no campo da filosofia, trabalho e jogo.

Huizinga[29] define jogo como a "ação livre executada *como se* estivesse situada fora da vida corrente, mas que, apesar de tudo, pode absorver por completo o jogador, sem que haja nele nenhum interesse material, nem se obtenha com ela proveito algum, que se executa dentro de um determinado tempo e de um determinado espaço, que se desenvolve em uma ordem submetida a medidas e que dá origem a associações que propendem a rodear-se de mistério ou a disfarçar-se para destacar-se do mundo habitual".

Por seu lado, Renzi[30] diz que "o jogo é uma atividade que tem em si seu princípio e seu fim, que se rege em si e para si, sem motivos estranhos, quer dizer, é livre. Nela o homem faz aquilo que diretamente quer e ama, isto é, seu espírito se move em perfeita liberdade, não está sujeito a jugos ou constrangimentos, é senhor, desfruta seu próprio fazer o que quer, da coincidência plena do querer com o fazer; e de tal forma descobre a zona da verdadeira e própria espiritualidade humana".

Enquanto o trabalho significa reter o tempo — diz José Maria Guix[31] —, o jogo significa matá-lo, fazê-lo passar. "O jogo não tem uma finalidade extrínseca ao mesmo indivíduo, não persegue utilidade exterior nenhuma, desprende-se sob a necessidade e o impulso da energia biopsicológica de desenvolver-se, busca diretamente o prazer ou a alegria; em uma palavra, com o jogo o indivíduo se busca a si mesmo. O jogo, quanto mais puro é, está mais colocado na zona animal do homem e são exemplos típicos de jogo puro os saltos e gritos das crianças quando saem dos colégios."

---

29. *Homo ludens*, Buenos Aires, 1957, p. 27.

30. Il lavoro, in *L'irrazionale, il lavoro, l'amore*, Milano, 1923, p. 179.

31. *Curso de doctrina social católica*, Madrid, BAC, 1967, p. 407.

Há jogos que participam em maior ou menor escala da natureza do trabalho. Assim, na fronteira entre jogo e trabalho, situa-se o *desporte*. Se o desporte é amador, tem muito de jogo e pouco de trabalho. Ao contrário, se o desporte é profissional, tem muito de trabalho e pouco de jogo (José Maria Guix). Se diferença há entre trabalho e desporte, "a diferença está em que o desporte é um esforço feito liberrimamente, por pura complacência nele mesmo, enquanto o trabalho é um esforço feito à força em vista do seu rendimento" (Ortega y Gasset).

O desporte sempre ocupou um lugar destacado na humanidade.

Na Antiguidade foi usado para assegurar, durante a paz, o estado físico dos soldados. Integrou os rituais religiosos. A Grécia o exaltou, e os vencedores dos jogos olímpicos eram elevados à condição de heróis nacionais.

Na Idade Média o desporte não fulgurou, só ressurgindo na época contemporânea. Em fins do século XIX foram restabelecidos os jogos olímpicos de Atenas, em 1896.

Sua importância na época atual chegou a provocar pronunciamento de Pio XII no *Congresso Italiano de Educação Física*, em 8 de novembro de 1952, nestes termos: "O desporte e a ginástica têm como fim próximo educar, desenvolver e fortificar o corpo em seu aspecto estático e dinâmico; como fim mais remoto, a utilização, por parte da alma, do corpo assim preparado para o desenvolvimento da vida interior ou exterior da pessoa; também, como fim mais profundo, o de contribuir para a sua perfeição; por último, como fim supremo do homem em geral e comum a toda forma de atividade humana aproximar o homem a Deus".

O atleta amador não é abrangido pelo direito do trabalho exatamente porque não é um profissional. A atividade que desenvolve é recreativa, destina-se ao seu lazer, não traz a marca de uma obrigação jurídica, daí por que não figura como parte de uma relação de emprego.

A relação jurídica que prende o jogador de futebol profissional ao clube é trabalhista. Trata-se, portanto, de um contrato de trabalho, regido pelas leis trabalhistas, pelas leis desportivas e pelos regulamentos da *Fédération International de Football Association* (FIFA).

Esse é o entendimento que predomina entre os autores.

Com efeito, diz Canepele[32]: "O contrato entre associação esportiva e jogador de futebol profissional, regulado pelas normas da federação, reentra, certamente, no esquema da relação de trabalho subordinado". Compartilham dessa mesma opinião Cassì[33], De Litala[34], Palermo[35], Ramat[36], Cabanellas[37], divergindo, no entanto e de certo modo, Bigiavi[38] e Cesarini Sforza[39].

Pode-se argumentar em contrário que o jogador ou atleta profissional não compromete o seu serviço de forma permanente e ininterrupta, como ocorre com o empregado, e que normalmente os seus contratos são feitos para determinados campeonatos, sendo muito específica a dependência que prende o atleta ao seu clube.

No entanto, o jogador profissional recebe salário em troca da sua atividade, e o futebol, que é originariamente um desporte, pode transformar-se num trabalho, desde que exercitado sistematicamente e em caráter de profissão.

De Ferrari[40] sustenta que o jogador que começa sua carreira com fins puramente desportivos e desenvolve inicialmente uma atividade recreativa, ao incorporar-se ao profissionalismo, converte suas aptidões para a prática de um desporte em uma atividade econômica. Essa atividade desportiva, como a científica ou artística, pode ter um sentido comercial e dar lugar a um contrato de trabalho.

Convém mostrar o pensamento de Russomano[41]: "O atleta profissional que celebra um contrato com determinado clube esportivo

---

32. Lineamenti giuridici del rapporto fra associazioni sportive e calciatori, *Rev. Dir. Lav.*, *2*:399, 1950.

33. *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano, 1954, p. 182.

34. *Il contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 108.

35. *Manuale di diritto di lavoro*, Torino, 1956, p. 108.

36. Aspetti sostanziali e processuali del contratto fra giocatori e associazioni sportive, *Foro pad.*, 1959, I, col. 904.

37. *Compendio*, cit., p. 915.

38. L'Associazione Calcio Torino e il disastro di Superga, *Giur. It.*, *4*:81, 1951.

39. Nota *Dir. Lav.*, 1951, t. 2, p. 265.

40. *Derecho*, cit., p. 286.

41. Temas atuais do direito do trabalho, *Revista dos Tribunais*, 1971, p. 71.

obriga-se à execução de um trabalho contratualmente definido, com uma remuneração certa, submetendo-se a regras rígidas de disciplina, constantes, quase sempre, da legislação específica sobre prática do esporte".

Sob o ponto de vista da pessoa do atleta, portanto, não existe diferença, por pequena que seja, entre ele e os demais trabalhadores do comércio, da indústria ou da agricultura.

O clube esportivo, por sua vez, é uma pessoa jurídica que organiza as equipes, submetendo-as a um regime efetivo de treinamento, tendo em vista não somente a prática do *esporte pelo esporte*, mas, por meio dele, a realização de um espetáculo público, com fins lucrativos.

Algumas vezes, é certo, as finalidades lucrativas do esporte profissional estão encobertas e superadas pela paixão do esporte em si mesmo. É essencial, entretanto, lembrar que tais finalidades subsistem e, no fundo, dirigem a paixão esportiva, na medida em que a desvirtuam.

O clube esportivo — mesmo quando tenha como alvo o aperfeiçoamento físico —, desde que atue no plano do profissionalismo, é empregador do atleta, respondendo por seus direitos, da mesma forma pela qual é responsável pelos direitos trabalhistas de outros empregados: o zelador do estádio, o massagista etc.

A pedra angular do problema, portanto, que distingue o atleta profissional do atleta amador, é a *intenção* com que o esporte é praticado: no primeiro caso, o esporte é a profissão do atleta; no segundo — como trabalho espontâneo e sem fins lucrativos —, o esporte é uma diversão, uma distração, uma íntima e profunda alegria, em resumo, paixão, "paixão pura".

Sendo um profissional e, além disso, como profissional prestando serviços em virtude de haver celebrado um contrato de trabalho, o atleta é favorecido pelas normas genéricas de proteção ao trabalhador, de acordo com a lei interna de cada país.

As particularidades do contrato de trabalho esportivo, entretanto, pelas condições pessoais dos contratantes (atleta e clube) e pela originalidade das relações que entre eles se estabelecem como resultantes da natureza do trabalho realizado, definem aquele contrato como um *contrato especial de trabalho*.

Como ocorre com todos os contratos especiais de trabalho, nesse caso, o atleta profissional é regido por duas ordens de normas, que se superpõem: ao lado das normas genéricas — comuns a todos os trabalhadores — existem as normas específicas, exigidas pelas peculiaridades do trabalho esportivo e que apenas se aplicam aos que o realizam.

Estas, as normas específicas, dão a medida daquelas. Por outras palavras: aquelas, as normas genéricas, se aplicam aos trabalhadores desportistas enquanto não contradigam os preceitos peculiares ao contrato especial.

Ao jogador de futebol profissional é assegurada uma vantagem, a alta remuneração do trabalho, e uma desvantagem, a instituição do *passe*.

O primeiro aspecto merece do professor de teologia moral da Universidade de Salamanca, Antonio Peinador Navarro, autor de *Tratado de moral profissional*, pesada censura: "Em que princípio moral pode fundar-se a justificação de prêmios e soldos tão elevados como os que são pagos, por exemplo, aos futebolistas de categoria? Nem a arte, nem o mérito pessoal, nem a exposição ou o perigo, nem a sadia alegria que haveria de despertar, pelo gozo espiritual, nas massas, dão para tanto. E a quem se deverá imputar essa flagrante imoralidade? Talvez à mesma sociedade, ao ambiente, à consciência social deformada. Mas em parte também corresponde sua responsabilidade aos representantes dos clubes e aos mesmos desportistas, que convertem o desporte em feira ou mercadoria".

O *passe* é uma instituição combatida.

Consiste numa liberação dos serviços do profissional, que sem essa cessão de direitos feita entre os clubes não poderá transferir-se de empregador. O passe, conforme a categoria do atleta, é estimado em preços elevadíssimos. É criticado por Russomano nos seguintes termos: "Nesse sistema — em matéria de direito do trabalho, não existe nada mais obsoleto — o trabalhador é reduzido à condição de *res*, e como tal submetido a poder arbitrário e despótico de deliberação do empregador. O direito de passe ou direito de transferência unilateral coloca o atleta sob a deliberação soberana do empregador, que decide a seu respeito como decide a respeito das coisas de sua propriedade. Nesse

sentido, não conhecemos outro instituto trabalhista moderno que guarde, com tamanha nitidez, as características medievais da servidão".

Não só o passe, mas também a *multa* nos salários do atleta profissional deve ser proscrita dos hábitos, já que não encontra suporte no direito. A multa é condenada pelo direito do trabalho, e os autores não divergem quanto à sua manifesta ilegalidade. É um meio de redução do salário. Faz com que o empregado trabalhe sem receber salário. Não subsistem razões para que no caso do empregado atleta profissional o raciocínio seja diferente.

O jogador de futebol é um empregado regido pela Consolidação. Aplica-se ao seu contrato e quanto a este aspecto a mesma solução prevista na lei para os artistas. Os contratos podem ser formulados a prazo e renovados seguidamente. A própria natureza do trabalho desportivo exige tal solução.

O atleta profissional pode ser autônomo. Basta que a sua atividade seja exercida por conta própria, o que ocorre quando for individual. É o caso do lutador de boxe, do jogador de tênis etc. Não será considerado empregado, portanto.

Cumpre observar que há certa indecisão nos rumos a serem seguidos pela legislação para disciplinar as relações de trabalho do atleta profissional de futebol no Brasil, comprovada pelas seguidas modificações normativas (Lei n. 9.615, de 24-3-1998, Lei n. 9.981, de 2000, MP n. 79, de 2002, convertida em Lei n. 10.672, de 2003), com as quais o nosso sistema aparentemente consolidado na verdade encontra-se em fase de reestruturação.

Atletas e entidades de prática desportiva são livres para organizar a atividade profissional, qualquer que seja sua modalidade, daí por que o profissionalismo é oficialmente reconhecido em outros esportes, e não só no futebol, tornando-se agora legalmente permitido no basquetebol, voleibol, natação, futebol de salão e outros.

As atividades relacionadas a competições de atletas profissionais são privativas de sociedades civis de fins econômicos, sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor e entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração dessas atividades.

Porém, o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002) prevê sociedades empresariais que diferem das sociedades simples, o que interfere na configuração da estrutura jurídica do empregador desportivo. Faculta, a lei desportiva (Lei n. 10.672, de 2003, art. 25, § 9º), e não obriga, a entidade desportiva a constituir-se sob a forma de sociedade empresária. Conceitua entidades de prática desportiva as "envolvidas em competições de atletas profissionais, as ligas em que se organizarem e as entidades de administração de desporto profissional". Sujeita os bens particulares dos dirigentes aos efeitos da despersonalização jurídica, o que equivale a dizer que esses bens podem responder pelo pagamento de dívidas desde que o patrimônio social não o faça (Lei n. 10.672, de 2003, art. 25).

A lei define duas categorias de atletas:

a) profissionais, caracterizada por remuneração pactuada em contrato e modelo formais, por prazo determinado não inferior a três meses e superior a dois anos, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral;

b) semiprofissional, excluídos os desportos individuais e coletivos olímpicos, exceto o futebol de campo, compreendidos os atletas entre quatorze e dezoito anos, autorizados a competir entre profissionais a partir de dezesseis e obrigatoriamente profissionalizados aos dezoito anos de idade, com prioridade de contratação para a instituição que os formou, caracterizada pela existência de incentivos materiais que não constituem remuneração derivada de contrato de trabalho, pactuado em contrato formal de estágio, firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que também deverá ter, obrigatoriamente, cláusula penal para os mesmos fins.

Criou-se uma duplicidade de vínculos com aparência de autonomia (Lei n. 10.672, art. 28, § 2º): o vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante, considerado de natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, sem se perceber a impossibilidade dessa independência porque o vínculo desportivo faz nascer o trabalhista, portanto um é causa constitutiva do outro e ambos só podem coexistir, como relação de emprego, em conjunto.

São outras regras:

a) a caracterização dos prêmios como salários; direito do atleta a multa rescisória nos casos de mora salarial;

b) necessidade de formal e expressa anuência do atleta profissional para transferência de uma para outra entidade desportiva do gênero, tanto na cessão como no empréstimo;

c) o direito de imagem do espetáculo para transmissões por televisão ou outras vias (CF, art. 5º, X, e Lei n. 9.616, de 1998, art. 42) pertencente à entidade desportiva, assegurada a participação dos atletas em pelo menos 20% do preço total da autorização;

d) direito cuja natureza jurídica não é salarial — há decisões em contrário — por se tratar de repasse de percentual de retransmissão de imagem de espetáculo ou evento desportivo de que tenha o atleta participado;

e) a competência da Justiça do Trabalho para dirimir as questões decorrentes do contrato de trabalho; a atribuição à Justiça Desportiva do julgamento das infrações disciplinares e competições desportivas, aplicando as penas disciplinares previstas pela lei;

f) a Comissão Disciplinar como instância prévia ao Tribunal Desportivo.

O passe foi substituído. A entidade formadora do atleta terá o direito de assinar com este, a partir dos dezesseis anos de idade, o primeiro contrato de trabalho profissional cujo prazo não poderá ser superior a cinco anos (Lei n. 10.672, de 2003, art. 29). Como detentora do primeiro contrato individual de trabalho com o atleta por ela profissionalizado, terá o direito de preferência para a primeira renovação desse contrato, cujo prazo não poderá ser superior a dois anos; a entidade usufruidora do atleta está sujeita a pagar à formadora ressarcimento dos custos de formação de atleta por ela não formado em valores previstos pela lei e o atleta terá direito a multa rescisória (Lei n. 10.672, art. 31, § 3º), observado o critério do art. 479 da CLT para os contratos por prazo, quando da rescisão anterior ao termo final previsto para a extinção do contrato, sem justa causa.

5. Trabalho não profissional: trabalho voluntário e trabalho assistencial

O Prof. Jeremy Rifkin, no livro *O fim dos empregos*, mostra que, embora as atenções tenham sempre estado voltadas para os setores

privado e público, surgiu um terceiro setor na era moderna, fundado nos imperativos da vida comunitária, abrindo um largo espaço na sociedade. Trata-se do *trabalho assistencial*. As atividades comunitárias variam desde os serviços sociais no atendimento a saúde, educação e pesquisa até a ajuda a idosos, deficientes físicos, doentes mentais, jovens desamparados, desabrigados, indigentes e outros.

Voluntários procuram dar parte do seu tempo para esse atendimento. Dezenas de milhares de americanos, diz o autor, oferecem seus serviços em hospitais e clínicas públicas cuidando de pacientes, inclusive aidéticos. Milhares são pais "postiços" ou irmãos mais velhos para crianças órfãs. Aumenta a colaboração daqueles que querem ajudar com o seu trabalho as creches e os programas escolares, educacionais e habitacionais. Voluntários reformam apartamentos destruídos e constroem conjuntos habitacionais para a população carente.

O terceiro setor, também conhecido como independente e voluntário, é o domínio no qual padrões de referência dão lugar a relações comunitárias, em que doar o próprio tempo a outros toma o lugar de relações de mercado impostas artificialmente, baseadas em vender a si mesmo ou seus serviços a outros. Nesse setor, muitos americanos estão envolvidos em programas de autoajuda, como os Alcoólicos Anônimos, e de reabilitação de drogados. Profissionais (advogados, contadores, médicos e executivos) doam seus serviços a organizações voluntárias.

Milhares de americanos concedem seu tempo a vários programas ambientalistas, como, por exemplo, atividades de reciclagem, programas de conservação, campanhas antipoluição e trabalho de proteção de animais. Outros trabalham para organizações de direito civil, procurando corrigir desavenças e mudar a percepção pública e as leis. Centenas de milhares de americanos doam seu tempo às artes, participando de grupos de teatro locais, coros e orquestras. Voluntários muitas vezes ajudam Governos municipais, servindo em brigadas contra incêndio ou doando seu tempo ao trabalho de prevenção ao crime e a vítimas de calamidades.

O serviço comunitário é, sem dúvida, uma forma de trabalho indispensável para a sociedade, numa época em que a solidariedade faz-se cada vez mais necessária. O direito do trabalho não deve ser um obstáculo para a sua ampliação, e assim seria caso pretendesse esten-

der sua mão a esse setor para declarar relações de emprego prestadas a organizações não governamentais ou pelo voluntariado, sem fins lucrativos, com espírito assistencial. Não é empregador aquele que organiza serviços comunitários sem caráter profissional, porque o vínculo que se forma entre as pessoas que querem colaborar nessas atividades é assistencial, sem o *animus contrahendi*, indispensável para a formação do contrato de trabalho disciplinado pelas leis.

O *trabalho assistencial* não configura relação de emprego quando estão claras a finalidade não profissional, mas social, que o caracteriza e a ausência de salário, caso em que entre aquele que o presta e os beneficiados pelos seus serviços não há vínculo de emprego, nem são devidas as obrigações das normas jurídicas previstas para os empregados. Não há que se falar em empregado nem em relação de emprego se os fins a que se destinam os serviços exercidos por uma pessoa física nada têm que ver com o trabalho profissional.

Pondo-se nessa diretriz, a Lei n. 9.608, de 1988, dispõe que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim. Considera serviço voluntário "a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade".

Permite o ressarcimento do trabalhador voluntário pela instituição a que prestar serviços das despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias, daí não caracterizarem pagamento salarial. A formalização do vínculo de trabalho voluntário dá-se mediante um *termo de adesão* entre a entidade e o prestador, do qual devem constar o objeto e as condições do seu exercício.

Capítulo IV

O ordenamento jurídico trabalhista

§ 13. Ordenamento jurídico e norma jurídica

Sumário: 1. A questão conceitual. 2. A concepção normativista de ordenamento. 3. A concepção jusnaturalista de ordenamento. 4. A concepção sociojurídica de ordenamento.

1. A questão conceitual

Do estudo do direito passou-se ao do ordenamento jurídico, cujo conceito é mais amplo, como mostram Santi Romano e Norberto Bobbio entre outros destacados pensadores que desenvolveram essa linha de raciocínio, seguida no direito do trabalho por Gigno Giuny. Foi um avanço porque a teoria dos ordenamentos jurídicos dá maior amplitude à visão do direito na medida em que tem um conteúdo não só jurídico-normativo mas sociojurídico ao tratar das instituições ou dos grupos existentes na sociedade e sua produção normativa quando cuida das fontes do direito.

Para o direito do trabalho assume especial importância o seu estudo porque se há um ramo do direito em que a norma jurídica não é unicamente produto do Estado, mas também dos grupos profissionais e econômicos, é o nosso, o que permite que esse aspecto seja da maior relevância, como fica claro pelo estudo do direito coletivo do trabalho. Essa importância acentua-se mais porque o direito do trabalho é um setor da ordem jurídica estritamente vinculado a uma técnica de produção normativa sem nenhuma dúvida pluralista combinando normas

elaboradas pelo Estado com normas provenientes da autonomia privada coletiva, o que leva, inevitavelmente, à utilidade do estudo nas duas perspectivas, a do *ordenamento* e a das *normas jurídicas*.

E por ser o direito do trabalho um setor do direito no qual mais se evidencia o pluralismo de fontes, a primeira tarefa do intérprete é a verificação do número e dos tipos das fontes. Em outros dizeres, existe um poder normativo distribuído entre as fontes sociais das quais resultam as normas jurídicas trabalhistas. Esse poder é conferido pela ordem constitucional, leva ao pluralismo jurídico, que é o sistema que mais se coaduna com uma democracia, o que permite aos sindicatos a liberdade de que necessitam perante o Estado para desenvolver as suas funções de defesa dos direitos e interesses dos seus representados, componente indispensável de um sistema político de liberdade.

Essa identificação pode levar a um Estado autoritário em desacordo com o Estado social coerente com o direito do trabalho, bem como à asfixia dos grupos profissionais em detrimento da liberdade sindical. Não se quer com isso recusar a importância da teoria pura do direito, uma vez que sem ela ficaria sensivelmente limitado o estudo da norma jurídica e da pirâmide normativa que começa com a norma fundamental.

Desse modo, o direito do trabalho não pode omitir-se diante da questão, a começar pela exata conceituação de ordenamento jurídico e de norma jurídica.

2. A concepção normativista de ordenamento

Não seria positivista uma concepção do ordenamento jurídico que não confinasse os seus limites fora das normas, uma vez que para o normativismo o que importa é tão somente o estudo das normas tal como foram postas pelo Estado com especial atenção a uma hierarquia que se dá entre esse mesmo âmbito estatal que é seu universo.

Dessa premissa resulta que a diferença entre ordenamento jurídico e norma jurídica não pode ultrapassar essa esfera, o que restringe o âmbito do ordenamento que se confunde com o da norma. Isso leva a uma diferença mínima entre ambos, sendo a norma a realidade isolada de si mesma e o ordenamento a realidade dinâmica da norma. Ao

complexo de normas se dá o nome de ordenamento jurídico nas suas relações entre si, uma totalidade cujas fronteiras são encontradas no mesmo mundo normativo e não fora dele, tendo como objeto as normas nas relações que se estabelecem entre elas e não nas relações mais amplas que se estabelecem entre as normas e a vida social.

A norma jurídica é a única perspectiva na qual o direito é estudado, um conjunto coordenado de normas aplicadas segundo um conjunto de regras estabelecidas pelas próprias normas, daí a *nomostática* e a *nomodinâmica* kelsenianas, aquela referindo-se à norma jurídica e esta ao ordenamento jurídico.

Integram esse estudo a verificação das diferenças entre norma jurídica e outras normas como as morais, o aspecto formal das normas jurídicas, o critério material e os sujeitos apontados pela norma como os centros de positivação, a sanção prevista na norma pelo descumprimento do seu preceito, a vigência da norma — que não se confunde com a sua eficácia —, os tipos de normas, a unidade do ordenamento e as técnicas para integrar as lacunas, a estrutura hierárquica das normas, enfim, o ordenamento jurídico como sistema a partir de uma norma fundamental que se individualiza gradativamente até chegar às suas duas dimensões menores, o contrato e a sentença judicial.

Todos esses aspectos interessam ao direito do trabalho, mas não são suficientes para o direito do trabalho como um direito social no sentido de que é produzido também fora do Estado pelos empregadores e trabalhadores mediante negociações coletivas com características e efeitos normativos e também porque nem sempre o Estado é o melhor defensor dos interesses e direitos dos trabalhadores.

3. A concepção jusnaturalista do ordenamento

O princípio fundamental do direito na concepção jusnaturalista é a sua compatibilidade com o *justo natural* sob pena de não ser aplicável. As leis injustas podem ser resistidas porque acima delas há um ideal de justiça que está acima dos ordenamentos jurídicos da vida social.

Logo, direito, nessa concepção, não é apenas o conjunto de leis editadas pelos homens para reger as suas inter-relações. Essa é uma

parte do direito acima da qual há outra, a de função retificadora do direito, situada no nível acima do direito.

As críticas que comportam essa teoria residem na identificação entre direito e justiça, conceitos que diferem porque nem tudo o que está nas leis é justo, como nem tudo o que é justo está nas leis. Outra observação é que é muito subjetivo saber o que é justo, pois esse é um conceito que pode mudar de pessoa para pessoa. Complete-se a crítica com a referência a um ponto também relevante: se há uma parte do direito acima do positivo, só pode situar-se no plano da moral, caso em que competiria à moral e não ao direito dizer o que é justo.

O jusnaturalismo passou por modificações no sentido de reduzir a influência do aspecto teológico. Surgiram teorias concretas. A principal delas é a do direito natural segundo a natureza das coisas, ainda não muito bem explicada, a não ser enquanto procura uma aproximação entre o plano jusnaturalístico e o positivista ainda não completada como teoria do direito nem como filosofia do direito.

4. A concepção sociojurídica de ordenamento

Quando, diversamente da concepção normativista**,** o estudo do ordenamento jurídico começa não sob a perspectiva das normas, mas sob a dos grupos dotados de poder normativo em sentido amplo, que elaboram as normas que vão ser aplicadas nas relações internas que neles se dão e não relações entre eles e os demais ordenamentos, o conhecimento do direito do trabalho segue um método que não se limita aos limites da norma estaticamente considerada, nem das normas em sua dinâmica de relações.

Vai além porque se inicia com a verificação dos grupos sociais relacionados com a produção das normas jurídicas, o que é mais amplo e excede os estritos limites normativos do sistema posto pela lei embora componha uma ordem que a lei estabelece ou reconhece.

Compreender o direito exclusivamente como norma é insuficiente, daí a maior amplitude da sua visão como ordenamento jurídico que abrange não apenas as normas jurídicas, mas ainda as instituições, as relações entre as normas consideradas como um conjunto — que não são unicamente estatais, mas também elaboradas pelos grupos sociais, especialmente as organizações sindicais —, os princípios e outros aspectos.

A concepção do direito como ordenamento foi desenvolvida por Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1918), cujos estudos exerceram grande influência na doutrina. Para o jurista italiano, a expressão *direito*, no sentido objetivo, significa um *ordenamento na sua completude e unidade, isto é, uma instituição e um preceito ou complexo de preceitos, sejam normas ou disposições particulares, diversamente reagrupadas ou sistematizadas, de caráter jurídico*.

Acrescentam-se os estudos de Norberto Bobbio (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960), para quem, para que exista direito, é necessário que haja um completo sistema de normas, e estas não podem ser consideradas isoladamente, uma vez que cada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização, que é produto de um ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico, como todo sistema normativo, é um conjunto de normas. Existe, na vida dos homens, um só ou diversos tipos de ordenamentos? A unidade do ordenamento permite a pluralidade das fontes que o produzem? O ordenamento jurídico, além de uma unidade que se forma na pluralidade de fontes, é um sistema? Sistema é uma totalidade ordenada, um conjunto coerente?

Se dúvida pudesse subsistir sobre a pluralidade dos ordenamentos, ficaria afastada com o direito do trabalho. Dá-se o nome de pluralismo jurídico à concepção segundo a qual não há um só ordenamento jurídico, o estatal, mas, coerentemente com este, outros ordenamentos não estatais. Bobbio mostra, corretamente, que há ordenamentos *acima do Estado*, como o internacional e, segundo algumas teorias, o da Igreja Católica; ordenamentos *abaixo do Estado*, como os propriamente sociais que o Estado reconhece, limitando-os ou absorvendo-os; ordenamentos *ao lado do Estado*, como o já citado da Igreja Católica, segundo outras concepções; e ordenamentos *contra o Estado*, como os grupos de criminosos.

O direito do trabalho situa-se como um ordenamento *abaixo do Estado*, pelo Estado reconhecido ou, até mesmo, absorvido, com características próprias, pondo-se como ordenamento relacionado com o do Estado, com o qual se coordena ou ao qual se subordina, específico das normas, instituições e relações jurídicas individuais e coletivas de natureza trabalhista.

O ordenamento estatal, integrado pelas normas elaboradas pelo Estado, e o grupal, fundado na autonomia coletiva dos particulares, quando autorizada, como nas democracias, a criar normas, atuam, concomitantemente, na produção do direito do trabalho, de modo harmônico e sem contradições. O direito do trabalho é um ordenamento subordinado ao do Estado, com o qual mantém uma relação de coordenação e do qual recebe a autoridade que o fundamenta e o legitima a agir como parte de um sistema amplo e plurinormativo de produção de enlaces jurídicos

No entanto, como os princípios sobre as relações entre o Estado e a ordem econômica e social são diferentes, diferem, também, os efeitos sobre as relações entre o ordenamento estatal e o autônomo, a ponto de existirem, tendo em vista esse aspecto, modelos autônomos e modelos heterônomos de relações de trabalho, na conformidade do espaço maior ou menor que o Estado reserva para as suas leis e para a autonomia coletiva dos particulares.

Se o Estado não é intervencionista, incentiva a economia de mercado e o contrato, o ordenamento estatal é mais estreito e o particular, maior, o que tem reflexos sobre as relações entre ambos e a aplicação, que nesse caso é mais ampla, das normas não estatais. De outro lado, se essa autonomia não é valorizada, o ordenamento estatal é fechado e sem maiores concessões.

Assim, o mesmo direito do trabalhador pode ser tratado diversamente em ordenamentos jurídicos diferentes: o estatal, o grupal e o empresarial, ou mesmo no interior de uma mesma esfera como a estatal com a Constituição, a lei e a regulamentação administrativa.

O ordenamento do grupo é modelado, ainda, pelas convenções coletivas de diversos níveis paralelamente em vigor.

No ordenamento empresarial destacam-se os regulamentos das empresas, os usos e costumes e os contratos de trabalho.

Surge, em consequência, uma questão que, para alguns, é de hierarquia e, para outros, de mera sobreposição não desestruturante da hierarquia entre as normas, enfrentada com a adoção de um critério, a aplicação, entre duas ou mais normas, daquela que deve ser prioritária nos casos de conflito entre normas que dispõem sobre a mesma matéria.

A hierarquia das normas segue os princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico de cada país e tem uma finalidade política, em especial nos Estados descentralizados, para manter a hegemonia do poder central que reservará para si determinadas matérias, deixando outras, exclusiva ou concorrentemente, para os demais círculos de poder.

No direito do trabalho, há outro fim: a preservação das conquistas do trabalhador conseguidas por meio dos diferentes níveis normativos de que se compõe o quadro integral das fontes que as produzem e a quebra de uma hierarquia natural em época de crise econômica na qual os interesses da gestão empresarial também se refletem sobre o tema.

Logo, não se trata de uma hierarquia fixa, mas dinâmica, cujo vértice não é a norma fundamental, mas aquela que, em cumprimento do seu natural ditame, confere maiores direitos para o assalariado ou excepciona em favor do empregador.

Há um embasamento dessa teoria em Paul Durand e Jaussaud. Não há um princípio absoluto, mas relativo, o qual comporta exceções ou derrogações previstas pelo ordenamento jurídico que pode definir outros critérios de hierarquia, inclusive inflexíveis e estáticos, sem as alternâncias resultantes da sua dinâmica ou pela imperatividade das regras de ordem pública que, dotadas da máxima cogência, são básicas para o sistema e a vida em sociedade.

Essas perspectivas é que devem pautar a análise das relações entre a lei e a autonomia coletiva, estudo a que muitos se dedicaram, o qual tem por objeto a verificação do tipo de vínculo que existe entre a norma estatal e as convenções coletivas de trabalho.

Entendem alguns que se trata de *relações de suporte,* nas quais o Estado fixa um tratamento mínimo inderrogável *in pejus* pelas convenções coletivas.

Para outros, são *relações de complementaridade* nas quais o Estado se limita a estabelecer as bases ou os princípios da regulação e remete ou reenvia para a negociação coletiva a concretização e desenvolvimento das regras que estabeleceu.

Outros, ainda, entendem que são *relações de suplementaridade* nas quais a norma estatal proporciona uma regulação do suposto de fato que só se aplicará se inexistente previsão diferente nas convenções coletivas.

Outra compreensão do mesmo problema é a daqueles que veem no caso *relações de exclusão da negociação coletiva* na qual o Estado reserva para si a regulação de uma determinada matéria, ou de aspectos desta, e a norma estatal é intangível e imodificável para a convenção coletiva.

Finalmente, há a teoria daqueles que sustentam tratar-se de uma *relação de máximos permitidos* quando a norma estatal é insuperável *in melius* pela convencional.

Seria possível tomar partido nessa discussão se os sistemas de negociação coletiva fossem iguais. Mas não são. Não coincidem. Dependem das leis de cada Estado. Entendo que a questão só pode ser resolvida em função de um determinado ordenamento jurídico e das diretrizes que segue.

No corporativismo as convenções coletivas tinham força de lei aplicável *erga omnes* Na Inglaterra são consideradas acordos de cavalheiros, portanto com uma força moral, mas não jurídica. Nos Estados Unidos, como um contrato igual aos demais. Em Portugal as convenções coletivas podem prevalecer sobre a lei salvo exceções. No Brasil são acordos de caráter normativo (CLT, art. 611) e não é aceita a sua sobreposição à lei salvo quando ordenada por ela, como nos casos de redução salarial por negociação coletiva (CF, art. 7º, I).

§ 14. A problemática epistemológica do direito do trabalho

Sumário: 1. Conceito de direito. 2. Conceito de justiça. 3. A concepção heterotutelar do trabalhador. 4. A concepção autotutelar do direito do trabalho. 5. A concepção econômica da flexibilização do direito do trabalho. 6. Garantia, desregulamentação, flexibilização e rerregulamentação. 7. O direito do trabalho como direito fundamental. 8. Os sistemas jurídicos e o direito do trabalho.

1. Conceito de direito

A exigência de uma formação humanística do juslaboralista leva-nos a ingressar no complexo estudo do *direito*, da *filosofia* e da *teoria do direito*, setores diferentes do pensamento, cada qual com a sua função própria e em nível diferente, para depois verificar em que aspectos esses pressupostos podem de algum modo influir em nossa disciplina.

É o estudo mais penetrante e que envolve as três dimensões, a da justiça, a da validade e a da eficácia, o que leva, por sua vez, a cinco ordens de verificação: o *idealismo jurídico* ou *jusnaturalismo,* o *positivismo jurídico,* o *realismo juridico,* a *escola histórica do direito* e o *tridimensionalismo jurídico.*

O *idealismo jurídico* tem como princípio retor uma ordem jurídica moral, nos moldes do jusnaturalismo e da crença de um ideal de justiça superior ao direito positivo, sobreposto à legalidade; suas origens mais remotas estão na teoria clássica do direito natural universal imu-

tável, em *Antígone*, de Sófocles, no *De República*, de Cícero, na máxima *summum jus, summa injuria*, nos teólogos da Idade Média e na moderna teoria do direito natural dinâmico de conteúdo mutável de acordo com a natureza das coisas.

Para o pensamento jurídico jusnaturalista, uma lei, para ser lei, deve ser justa, e, quando não o é, falta-lhe validade; daí confundir validade da norma com justiça da norma, abrindo caminho para uma visão do *direito do trabalho* como exigência do ideal de justiça diante de uma sociedade não igualitária, na qual deve atuar como instrumento de promoção da melhoria da condição social do trabalhador.

Refletiu-se no humanismo jurídico, que vê no homem a meta de todas as coisas, e no princípio protetor como base do *direito do trabalho*, dotando-o de funções bem definidas, inspiradoras de um *subjetivismo* compreendido como a rejeição de toda perspectiva que não tenha por premissa a realização da justiça social, ainda que, no caso concreto, tenha de exercitar-se *contra legem*, como ensinou o tomismo, ao sustentar que as leis injustas não devem ser cumpridas. Nessa diretriz, as doutrinas sociais desempenharam importante papel na criação do *direito do trabalho* e de alguns dos seus princípios: o do trabalho como participação da dignidade pessoal do homem, merecedor da mais alta valoração; o justo salário; o salário vital; a igualdade salarial; a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas; o direito de associação dos trabalhadores, e outros.

Uma renovação do conceito de direito natural é o pensamento de Johannes Messner, sacerdote católico, com a tentativa de fundamentação ontológica do direito natural.

Ocupa-se do conhecimento dos valores e da realidade empírica do homem na sociedade. Para ele, o direito tem a sua origem nos fins essenciais do homem em sociedade e o direito é a ordem do recíproco respeito entre os homens para que cada um possa assumir as responsabilidades que derivam da sua natureza criada por Deus. A sua fundamentação ontológica do direito natural pressupõe compreender o direito natural como o decorrente da natureza das coisas.

Como o direito se funda na responsabilidade ética para o cumprimento dos fins essenciais da vida, o direito tem uma índole ética. O princípio ético supremo para o direito é dar a cada um o que é seu.

O *seu* abrange todos os direitos em relação aos quais seja possível alguém ter uma pretensão em relação a outra pessoa. Não pode haver um direito autêntico em contradição com a ética. Esses postulados, a meu ver, são conceitos de justiça mais do que conceito de direito a menos que a palavra *justiça* tenha sido empregada no sentido estrito de norma jurídica.

Messner, sobre a questão social, entende que suas causas principais são duas, a *ideológica* e a *institucional.*

A causa ideológica está na diversidade de ideologias que atuam na sociedade, a dos partidos políticos, a das classes sociais, a dos grupos religiosos, de tal modo que nenhuma sociedade se caracterize por uma só ideologia. A causa institucional surge do conjunto de instituições que atuam na sociedade, instituições jurídicas, políticas, econômicas etc. que dão poderes aos seus administradores, e quando alguns dos seus membros a utilizam para fins pessoais e não para servir ao bem comum as instituições entram em decadência.

A reforma social, afirma Messner, apresenta dois aspectos da maior importância, a reforma das *mentalidades* e a reforma das *realidades*.

A reforma das mentalidades significa a renovação da ética social pondo-se esta de acordo com os fins essenciais do homem, ou seja, com a ética natural, o que depende muito da educação. Deve unir-se à reforma das realidades, que consiste em criar situações que respeitem o bem comum, e o seu caminho é uma evolução progressiva e não uma revolução violenta, tarefa que compete à sociedade, ao Estado e à Igreja.

O conceito de direito numa perspectiva jusnaturalista conecta-se com o estudo dos valores e valoriza o direito justo sobrepondo-se ao direito injusto porque o fim do direito é a realização da justiça. Já em nível positivista, confundem-se direito e leis — no nosso caso direito e normas jurídicas trabalhistas –, de modo que o conceito de direito deve ser buscado no interior do sistema normativo.

Essa postura merece tanto os louvores como as críticas recebidas pelo direito em geral. Como aspecto relevante está a possibilidade de correção da injustiça de algumas leis uma vez que não há dúvida que algumas leis trabalhistas são injustas, o que levou o tomismo, em relação às leis em geral, a sustentar que as leis injustas não devem ser

cumpridas. Como ponto crítico, o mesmo que depois do nazismo ficou claro na história: o positivismo pode levar à justificação da ditadura, da discriminação, do autoritarismo e de tantos outros males porque basta um preceito estar incluído na norma para ser justo. O positivismo não diferencia entre leis e a sua valorização. Nem poderia fazê-lo sob pena de contrariar os próprios postulados, entre os quais a identificação entre direito, Estado e leis. Como, à luz dessa premissa, dizer que uma lei do Estado é injusta se o critério de direito e de justiça está nas próprias leis positivas?

Vejamos o *positivismo jurídico.*

Os pressupostos que o inspiraram e que levaram ao *positivismo normativo* são outros. Diferem daqueles que fundamentam o *idealismo jurídico.* Reduzem a justiça à validade da norma, despreocupando-se em saber se o comando legal é justo para contentar-se com verificar se é vigente segundo as prescrições estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Diferem, nesse ponto, as duas concepções, porque nesta basta ver se a norma é válida, e não se é também justa.

O direito deve a Kelsen a maior e mais sólida construção formal que recebeu com a Teoria Pura do Direito, na qual intenta conceituar o direito expurgado de qualquer outro elemento que não seja o normativo. *Direito,* nessa acepção, é o mesmo que Estado e as leis nas quais se encerra o direito produto do Estado, o que leva ao *monismo jurídico,* teoria que se contrapõe ao pluralismo jurídico, aquela sustentando que o Estado é a única fonte do direito e esta que o direito é produto do Estado e também de outras fontes não estatais como os grupos de que se compõe a sociedade.

Nem todas as normas jurídicas trabalhistas são justas, como as que fixam salário mínimo em valores incompatíveis com as necessidades vitais do trabalhador e de sua família.

Não obstante, o positivismo jurídico tem sido uma via que permite o estudo formal do direito indispensável para a sua teoria, que não pode ser afastada também no *direito do trabalho* como a dogmatização dos centros de positivação das normas, os tipos de normas jurídicas, sua classificação, as relações de hierarquia entre si, a sanção, o ordenamento jurídico como um sistema, a interpretação, a aplicação e as técnicas de integração das lacunas, a vigência das leis e das convenções coletivas de trabalho e tantos outros.

O pluralismo explica e fundamenta a natureza normativa das convenções coletivas de trabalho, produto da negociação entre sindicatos e empresas, aplicáveis aos seus representados.

Os pressupostos que o inspiraram são opostos aos do idealismo jurídico, uma vez que, ao reduzirem justiça à validade da norma, despreocupam-se em saber se a lei é justa. Contenta-se em ver se a lei é *vigente* segundo as prescrições estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

A maior parte dos positivistas não afirma uma tese tão radical enquanto totalmente indiferente para o justo. Mas há normas de finalidade estritamente técnica, operacional ou prática, como as regras sobre documentação trabalhista.

O *positivismo sociológico* é outra concepção do direito.

Difere do *idealismo jurídico.*

Distinguem-se, também, positivismo jurídico e positivismo sociológico. Este é um estudo no plano da realidade sociológica.

O jusnaturalista procura saber se a norma é justa, se atende a um ideal de justiça, e o positivista jurídico quer ver se a norma é válida, se está em consonância com o ordenamento jurídico constituído e com as formas nele indicadas para que entre em vigor. O *positivismo sociológico* quer ver se o direito é eficaz, se efetivamente atua na sociedade, importando saber se a regra de comportamento existe como realidade concreta e como se dá a sua transformação na experiência jurídica de acordo com os fatos. Não é relevante verificar se a norma jurídica corresponde a um ideal de justiça ou se preenche todas as exigências formais indicativas da sua validade.

É direito o que efetivamente é aplicado na vida em sociedade, e não o que é formalmente prescrito ou idealmente desejável, uma reação antinaturalista e antiformalista, portanto, de cunho marcadamente sociológico. É uma perspectiva empírica, que tem como ponto de partida os fatos e que tenta barrar convencionalismos perpetuados pela tradição jurídica, procurando encontrar a realidade da conduta humana segundo uma perspectiva de fenômeno social revelado pela sociologia do trabalho, desprezando as "regras do papel'', que devem ceder lugar às "regras efetivas'' e ao alcance prático dos preceitos jurídicos.

O *realismo jurídico* manifestou-se no *direito do trabalho* norte-americano contrário às codificações, à legislação, preferindo os precedentes judiciais, as convenções coletivas de trabalho estipuladas por meio das negociações e a privatização dos meios de composição dos conflitos, como a mediação e a arbitragem facultativa, fiel à tradição que encontra origens fora da nossa disciplina.

Os seus fundamentos remotos são encontrados nas ideias, entre outros, de Oliver Wendell Holmes; no realismo jurídico; na interpretação evolutiva do direito; em Roscoe Pound, com a teoria da valorização do fato social, do qual o direito resulta; e nas concepções do direito como processo contínuo de criação no caso concreto.

Comporta uma crítica: a redução do direito à sociologia. A sociologia e o direito são duas dimensões que se entrelaçam: a *norma* e o *fato,* o que pode, com a sobreposição do fato, levar a norma a ser ignorada, desagregando-a da ciência jurídica como se fosse pura resultante dos fatos. Essa tese, aplicada ao *direito do trabalho,* teria o efeito indesejável de criar a sua dependência aos fatos, uma vez que as relações de trabalho seriam pura decorrência destes, e, consequentemente, a norma jurídica trabalhista não passaria de mero apêndice da economia, da política ou da sociologia.

Nesse caso o direito não teria conteúdo próprio que o justificasse. Ao sociólogo cabe estudar os fatos; ao filósofo, as ideias; ao jurista, as normas; e a todos, sociólogos, filósofos e juristas, os fatos, as ideias e as normas; cada ciência tem a sua perspectiva, que não deve ser excludente das demais. No entanto, são destituídas de valor científico as concepções que desconhecem a multidisciplinaridade do estudo do trabalho, o que as leva a supor, equivocadamente, que a única dimensão do trabalho é a sociológica ou a econômica ou a concepção dialética do direito sem se dar conta da sua dimensão normativa que é integradora de todas as demais por meio do preceito jurídico, que as recolhe e tipifica.

Os fatos não são toda e a única dimensão do direito. O *direito do trabalho* não é exclusiva decorrência dos fatos sociais nem produto único da elaboração do Estado, e a sua realidade é mais ampla, traduzindo tentativas de conciliação entre cooperação social, liberdade individual e intervenção do Estado. Suas normas não são estáticas, mas

dinâmicas. Desenvolvem-se em um processo em que se correlacionam os fatos da vida social, os valores que presidem a evolução das ideias, em uma perspectiva de mútua exigência a qual dá origem à formação de estruturas normativas que sintetizam as tensões desse correlacionamento, concretizadora de uma realidade não unidimensional.

A *escola histórica* surgiu no início do século XIX e sustenta que o direito deveria ser essencialmente produto do espírito do povo que se exprime pelo costume, ao qual confere a maior importância, e tem em Savigny um dos seus maiores representantes.

Próxima dela é a filosofia hegeliana com a concepção dialética do direito, que não deve ser considerada materialista; é espiritualista. Hegel tem escritos sobre direito natural. Permitiu desdobramentos provenientes de outras formas de pensar o direito.

A *teoria tridimensional do direito* tem em sua base a *dialética da implicação e polaridade* (Reale), no que se distingue da dialética hegeliana. Ambas permitem uma visão dinâmica do direito na história. Para Reale o direito é fruto de um processo histórico no qual os fatos tensionam a modificação das normas e esta aos valores. O *ser* é o fato. O *dever-ser* é a norma. O *valor* é o fundamento. Os três concorrem para a formação da norma. O fato está antes da norma. O valor, entre os fatos e a nova norma embora previamente subsistente. Na criação da norma unem-se fatos, valores e normas formando um processo dialético. Em outras palavras, a norma é um pedaço da vida social que o recolhe depois de reconhecida a sua conveniência no plano axiológico. Os valores são historicamente postos e alteráveis, salvo o valor absoluto que é permanente. É a esse processo de criação concorrente da norma que Reale dá o nome de *nomogênese jurídica.*

Contribuíram, também, teorias como o socialismo científico, pregando a união internacional dos trabalhadores, a remuneração insuficiente do trabalho com o salário diante da *plus-valia,* teorias que, embora partindo de pressupostos diferentes, atribuíram uma função específica para o *direito do trabalho.* Sob esse prisma o trabalhador é a razão de ser, única e exclusiva, do *direito do trabalho*, que deve ser configurado como um direito de classe, operário, do assalariado, para determinado segmento de pessoas em posição social de desvantagem, um direito especial, produto de uma sociedade desigual, tendente a

favorecer os excluídos do processo econômico e desprovidos das vantagens que a sociedade de consumo oferece, vivificado por princípios muitos dos quais foram incorporados nas declarações de direitos, como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem.*

Outra questão a enfrentar é a diferença entre *filosofia* e *teoria do direito* a que se dedicaram tantos autores. Um dos mais conceituados pensadores, Norberto Bobbio *(Contribución a la teoría del derecho*), sustenta que a teoria geral é o estudo formal do direito e a filosofia do direito é o estudo da sua essência ou conteúdo *material*. A filosofia do direito procura entender *que é o direito* e a teoria *como funciona o direito em determinado ordenamento jurídico.* Filósofos e teóricos, todavia, incursionam uns no campo dos outros pela proximidade deles. A teoria pura do direito é, como o nome diz, uma teoria porque examina o direito em seu funcionamento. Não é uma filosofia do direito. Ocupa-se de diversos aspectos como os centros de positivação das normas, os tipos de normas jurídicas, sua classificação, as relações de hierarquia entre elas, a sanção, o ordenamento jurídico, as técnicas de integração das lacunas, a vigência das leis e tantos outros.

A *filosofia do direito*, como metafísica jurídica, objetiva descobrir a essência do fenômeno jurídico e o seu significado metajurídico, de acordo com uma visão total do homem e do universo. A *epistemologia jurídica* estuda as formas de conhecimento do *direito*, portanto, também, do *direito do trabalho*, destinadas a dirigir o pensamento jurídico, para ordená-las em um sentido de noção pura. A *teoria geral do direito,* distinguindo-se da *filosofia do direito,* cuida da observação dos sistemas jurídicos tal como estão postos e em suas características para mostrar, em um sentido de unidade, os seus componentes, em que consistem e o modo de se articularem, ambas aproximando-se em um ponto: explicar que é o direito, como existe, para a *teoria geral do direito*, e como deve ser para a *filosofia do direito*.

2. Conceito de justiça

Os estudos sobre o conceito de justiça são antigos. Começaram com Platão (427-347 a.C.), discípulo de Sócrates, em sua polêmica

com os sofistas em seu célebre *A República,* na qual a vincula à maneira como deve ser organizado o Estado e compreendendo-a em caráter essencialmente moral como *virtude.*

Compara o Estado a um organismo animal no qual haverá uma relação harmônica entre os seus diferentes órgãos, cada qual exercendo a função que lhe compete, sem intrometer-se em funções de outros órgãos. Assim como no indivíduo existem três faculdades, a inteligência que esclarece, a vontade que obra e os sentimentos que obedecem, no Estado há três classes, os filósofos que com sua inteligência são destinados a mandar, os guerreiros que com a força o defendem e os artesãos que devem nutrir o organismo social.

Para Aristóteles (384-322 a.C.), em *Ética a Nicômaco*, além dos conceitos de justiça de Platão, um mais é acrescentado: a justiça como virtude específica do social, no qual se destaca a nota da *alteridade* (do latim *alter,* o outro que tem como princípio retor a *igualdade.* Considerava duas espécies desta justiça: 1) a justiça distributiva segundo a qual cada um deve receber na proporção do seu mérito, com o que igualdade exige proporcionalidade; 2) a justiça corretiva ou equiparadora (diórtica ou sinalagmática) tanto nas relações entre particulares (justiça comutativa) com a equivalência de trocas como na justiça social quando o juiz procede a esse tipo de equiparação.

No tomismo a justiça realça as notas da alteridade e igualdade. Para Santo Tomás de Aquino (1225-1274) a justiça distributiva é devida pela comunidade aos seus membros e que a sinalagmática, que denomina comutativa, é aquela em que os particulares se devem entre si.

Stammler define justiça como uma ideia reguladora, como a ideia permanente de harmonia na conduta social, de valor absoluto e universal, e como ideia transcende o nível empírico da experiência, sendo a justiça uma comunidade de homens livres.

Para Kelsen (Teoria pura do direito) a justiça é um ideal irracional.

Radbruch (*Filosofia do direito*) compreende o direito como um dos objetos culturais com a filosofia dos valores, mas sustenta ser impossível uma determinação racional do valor absoluto da justiça optando por um critério de relatividade, perspectiva segundo a qual o puramente formal da ideia de justiça deve completar-se com a adequação a uma finalidade cuja fixação não é racional, senão moldada por

diversas ideologias políticas, concepção que, a meu ver, não só relativiza mas impossibilita um conceito geral de justiça, porque os conceitos de justiça serão tantos quantas as ideologias das pessoas.

Existem tentativas modernas sobre o conceito que estamos examinando, entre as quais a Teoria Fenomenológica, a Teoria das Estruturas Lógico-Objetivas, o Neojusnaturalismo da Natureza das Coisas, além das correntes formais. Estas pouco podem auxiliar. Isso porque o conceito de justiça, se identificado ao direito positivo, nele deve ser encontrado. Se assim for, esse conceito tem as suas bases no ordenamento jurídico e seus princípios. A perda parcial da autoridade da Teoria do Direito Natural Clássico faz com que o tema se complique. É preciso ir além ou aquém do direito natural e do direito positivo. Uma Teoria da Justiça que tenha essa pretensão certamente deve socorrer-se da axiologia.

Não há uniformidade na ideia de justiça. É concebida como *alteridade* — é a concepção que parte do pressuposto básico de que todo homem social interage e interdepende de outros indivíduos —, como *retidão* de comportamento — age de tal forma que o seu comportamento possa servir de exemplo às demais pessoas — como *respeito* ao que é dos outros — a cada um o que é seu — e, para o juiz, acrescento, a *imparcialidade*. O conceito de justiça pode até mesmo identificar-se em alguns casos com o de *vingança* ou *reparação* — quero que seja feita justiça.

Justiça *distributiva* — que interessa mais ao direito do trabalho — e justiça *comutativa*, esta a dos contratos e aquela o fundamento da justiça social, não são, a meu ver, conceitos, mas formas de realização da justiça, embora a ideia de justiça também contenha vetores das suas formas de realização.

3. A concepção heterotutelar do trabalhador

Retomo as noções introdutórias nas quais foi mostrado que o direito não é um fenômeno estático, é dinâmico, desenvolvendo-se de acordo com características que Miguel Reale (*Nova fase do direito moderno*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 121) compreende como um processo dialético normativamente integrante de fatos e valores.

Não é preciso muito esforço para concluir que, nessa perspectiva, os modelos jurídicos, embora possam ter componentes estáveis, sujeitam-se às transformações inerentes ao mesmo processo envolvente de reflexos que interagem na experiência da sua própria evolução.

É que, como mostra Reale, "a vida dos modelos jurídicos se desenvolve entre dois fatores operantes, um visando à sua preservação e permanência, outro reclamando a sua reforma ou substituição, o que assegura à experiência dos modelos jurídicos uma *autocorreção*, num processo de marcado *feedback*, isto é, de contínua regeneração ou realimentação, a qual se dá em função de mutações operadas no plano dos fatos, dos valores e do próprio ordenamento normativo global, repercutindo imediatamente nos domínios cambiantes da Hermenêutica Jurídica".

Não poderia ser diferente com o direito do trabalho, como desde o início deste livro foi ressaltado, daí também a sua integração na mesma linha de implicação e polaridade que marca o direito como um todo, talvez até com maior sensibilidade, pela natureza das suas funções na sociedade e diante do plano em que se coloca, entre as pressões de ordem econômica e social.

Tudo isso põe em evidência a problemática epistemológica do direito do trabalho, questão fascinante e que, embora enfrentada, ainda não encontra unanimidade no pensamento de quantos a ela se dedicam, traduzindo-se no debate a respeito da visão do hermeneuta sobre a função reservada ao direito do trabalho, não coincidente conforme o prisma em que se situar.

Para fins didáticos, serão classificadas três diferentes concepções.

Não são rigidamente separadas, como se fossem compartimentos autônomos, uma vez que guardam entre si pontos comuns de interpenetração.

Diferem mais pela preponderância dada a um dos aspectos centrais da discussão — o sentido para o qual se volta a relação de poder que o direito do trabalho deve estabelecer entre os interlocutores sociais abrangidos no âmbito da sua esfera da atuação, problema que começa com a *concepção heterotutelar*, acrescentada pelas ideias de *autotutela dos direitos dos trabalhadores* e que, na atualidade, sofre interfe-

rências de uma visão economicista conhecida por *flexibilização do direito do trabalho*.

Nos seus primórdios, o direito do trabalho nasceu como uma natural reação contra as condições de trabalho em decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, da formação do proletariado e da indiferença do Estado diante da questão social,

Essa situação deu a tônica da sua função na sociedade — a proteção do trabalhador pela impossibilidade de se defender diante do poder econômico e suas imposições, a exploração do homem pelo homem, parceiro do nascimento da grande indústria, do liberalismo da Revolução Francesa de 1789 e do poder absoluto do empregador sobre o trabalhador.

Daí a visão clara da necessidade de alterações na ordem econômica e social, por meio de mecanismos que permitissem um relativo equilíbrio entre as forças, para evitar a absorção do homem pelo processo econômico.

Concluiu-se que se fazia necessária a intervenção jurídica do Estado, deixando a sua posição passiva de mero assistente nos moldes liberais clássicos, para interferir em favor do proletariado.

Essa interferência tinha como instrumento da sua efetivação a elaboração de leis pelo Estado, para limitar o poder do empregador e, em contrapartida, garantir a preservação de direitos básicos que não podem ser negados a uma pessoa que trabalha, como o direito ao descanso diário, semanal e a garantia de férias anuais, o direito ao justo salário, a proteção da vida, da saúde e da segurança física, à proibição de discriminações da mulher e do menor e outros valores.

Surgiu assim a ideia de heteroproteção do trabalhador significando a convicção de que ao Estado cabia promover a sua defesa, passando a adotar uma postura intervencionista como meio de dispensar ao segmento social mais fraco uma base de sustentação jurídica em seu benefício e que evidentemente traria como consequência a diminuição dos poderes que até então eram reconhecidos ao empregador para, sem limitações e segundo as conveniências da produção, dispor do trabalho humano.

O unilateralismo pendente para o econômico teve de ceder diante das barreiras jurídicas fixadas pelo Estado.

Essas barreiras foram construídas por meio de diversas concepções políticas de conteúdo ideológico diferente.

Uma, o socialismo como utopia marxista da evanescência do capitalismo e da igualdade absoluta em uma sociedade sem classes e como a propriedade comum dos meios de produção.

Outra, o corporativismo, na época tão a gosto das ditaduras de direita porque centraliza no Estado as iniciativas econômico-sociais e recusa a liberdade sindical.

Outra, ainda, o neoliberalismo como postura básica do Estado que não interfere no domínio econômico e social.

No plano jurídico, criou-se a noção do direito tutelar do trabalho, ao lado do direito contratual, este voltado para as formas da relação de emprego compreendidas como contratos, inicialmente nos moldes do direito civil, depois com formas específicas fundadas no conceito de subordinação.

A *doutrina constitucionalista alemã*, que inspirou a Constituição de Weimar (1919), tem por aspecto mais relevante, para a nossa área, deslocar a questão da igualdade do plano público para o privado, considerando-a, pois, não apenas uma forma de defesa do cidadão perante o Estado, mas também de proteção de um particular perante outro particular, o que imprimiu uma nova diretriz às discussões sobre o tema.

Não basta, conclui o *constitucionalismo alemão*, a igualdade como questão entre o Estado e o cidadão, sem que se efetive como princípio mais amplo, capaz de oferecer condições de vida, de igualdade econômica, de promover a melhor distribuição de bens e de rendas entre as pessoas; faz-se necessário um princípio de proteção que se projete nas relações entre particulares, em que a fragilidade de uma das partes a deixa em absoluta situação de inferioridade perante a outra.

Essa concepção heterotutelar do direito do trabalho está presente em suas origens, e não é possível dizer que dele se afastou em nossos tempos, quando se vê, só para exemplificar, o constitucionalismo social, movimento de integração dos direitos fundamentais do trabalhador nas Constituições dos países, leis trabalhistas codificadas ou não em quase todos os países, a atuação da Administração Pública do Trabalho,

em especial por meio da fiscalização trabalhista e da mediação dos conflitos pelos Ministérios do Trabalho, e a solução jurisdicional dos litígios confiada, em alguns países, como o Brasil, à Justiça Especializada do Trabalho.

Fica clara, portanto a ideia de que é necessária a proteção do trabalhador ou, na feliz observação de Cesarino Júnior, a proteção do *hipossuficiente*, assim considerado o economicamente frágil e que, por sua condição, deve ser amparado pelo Estado por meio das suas normas, de que resultam proposições jurídicas destinadas a esse objetivo maior.

4. A concepção autotutelar do direito do trabalho

Paralelamente, cresceu em alguns países, especialmente nos de tradição liberal, mas não apenas nestes, a ideia de que a tutela do trabalhador deve emanar não só do Estado (ou não deve resultar da intervenção do Estado), mas também dos trabalhadores, exclusivamente ou concomitantemente com a ação tutelar estatal, visão autotutelar do direito do trabalho.

Nos países em que florescia a heterotutela estatal, principalmente aqueles de estrutura política corporativista, surgiu uma reação antiestatal, de que é nítida expressão o anarcossindicalismo, visão negativa das leis trabalhistas compreendidas como conjunto de medidas repressivas da classe trabalhadora.

O pensamento anárquico teve como lema a negação da autoridade, da hierarquia e a convicção de que compete aos próprios trabalhadores a luta pela defesa e melhoria das suas condições de trabalho e de vida, fazendo da greve geral a forma principal de ação direta contra o poder econômico e o Estado.

Foi uma extremada tentativa de redistribuição da relação de poder entre os interlocutores sociais, transferência do domínio para a classe trabalhadora, com diversas ramificações, entre as quais a da República Sindicalista, da tomada do poder político pelo proletariado, do exercício direto das próprias razões etc.

Completamente oposta é a concepção autotutelar liberal que sustenta o retraimento do Estado para que os próprios interlocutores sociais estabeleçam diretamente entre si enlaces jurídicos e formas

de composição dos seus conflitos, pressupondo, para o equilíbrio no eixo que une as duas pontas da questão, os empregadores e os trabalhadores, a tutela do mais fraco não por meio da intervenção do Estado, mas pela valorização dos direitos coletivos do trabalho e o reconhecimento da liberdade sindical, o desatrelamento dos sindicatos do Estado e a valorização da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho.

Um dos seus postulados é a ampliação da negociação coletiva como forma ideal de autocomposição destinada a constituir normas jurídicas não estatais, criadas pelos próprios particulares e reconhecidas pelo Estado.

Outro é a arbitragem privada como forma substitutiva ou equivalente à solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas.

Outro, mais, é o direito de greve como necessário meio de pressão com o qual devem contar os trabalhadores para que possam reivindicar, nas negociações coletivas, com algum grau de possibilidade de atendimento.

Dessa concepção resultaram transformações nos modelos jurídicos iniciais, mas é certo que, em alguns sistemas, como o norte-americano, desde suas origens, foram observadas essas premissas, que se mantêm até hoje e passam a ser seguidas, com adaptações, pelos países nos quais a economia de mercado e a democratização do Estado substituíram o autoritarismo ou o militarismo.

Faz parte desse conjunto de ideias a participação dos trabalhadores na empresa, como meio de transformação da postura de conflitividade e antagonismo pela noção de parceria social.

Duas frentes são paralelamente desenvolvidas no sentido de dotar a relação jurídica trabalhista de equilíbrio e para compensar a vantagem econômica do empregador,

Primeiro, o sindicalismo, que curiosamente em alguns países, sem que se tenha ainda medido exatamente a veracidade dessa afirmação, é considerado em crise e que passa a ter como principal função não mais o exercício de atribuições delegadas pelo Estado, mas a defesa dos interesses da categoria e de seus integrantes, principalmente com o desenvolvimento da negociação coletiva de sentido pragmático.

Segundo, a integração do trabalhador na empresa por meio de mecanismos de iniciativa e respaldo como o *greevance* norte-americano, que é a institucionalização da autocomposição dentro da empresa.

Na Alemanha, cresceu a participação dos trabalhadores na gestão com a reserva de determinado número de cargos de diretoria das sociedades anônimas para serem ocupados por representantes eleitos por eles.

As deliberações sociais e até mesmo algumas decisões de ordem econômica da vida da empresa que possam afetar os trabalhadores dessa forma puderam ser também por eles discutidas com a empresa.

É manifestação dessa concepção o convencimento de que o pluralismo dos grupos sociais de que resulta a pluralidade das fontes formais do direito do trabalho é um caminho a seguir, combinando o direito estatal de respaldo à autotutela dos trabalhadores pela organização das relações coletivas de trabalho, com um sentido instrumental.

O direito do trabalho nesse modelo é instituído em bases que combinam a liberdade sindical e a dos particulares, para que solucionem suas pendências sem a necessidade da intervenção do Estado. Este seria o guardião dos interesses maiores da sociedade e das garantias mínimas inafastáveis pelo poder dispositivo das partes.

Como teorias em consonância com esses princípios próprios dos modelos abertos é exemplo a *teoria do direito social*, que tem em Georges Gurvitch um dos seus grandes defensores, por meio das suas obras clássicas *Le temps présent et l'idée du droit social* e *L'idée du droit social*.

No primeiro livro Gurvitch sustenta a necessidade de uma fundamental revisão da teoria das fontes do direito positivo, para ser dada uma solução satisfatória aos problemas decorrentes de dois ramos do direito, o do trabalho e o internacional.

Com esse propósito afirma que "o estado atual do direito do trabalho é caracterizado, antes de mais nada, pelo papel crescente do direito extraestatal e inoficial que emana dos grupos espontâneos de interessados e os seus acordos", acenando ao *coutume ouvrière* de Leroy e, especialmente, as convenções coletivas de trabalho, centro da sua preocupação.

Ressalta o crescimento em sua época, que qualifica de impressionante, das convenções coletivas de trabalho, que "comportam verdadeiras cartas constitucionais para todo um ramo da indústria", e que o reconhecimento dessas convenções, como fontes de um novo direito objetivo, pela legislação estatal, veio confirmar a importância do fenômeno assinalado.

Outro tema que analisa é a força obrigatória das convenções coletivas. Sustenta que elas sobrepõem-se às cláusulas dos contratos individuais de trabalho pelo seu poder de caráter institucional e limitativo da autonomia individual, daí a sua conclusão de que das convenções coletivas resulta uma legislação profissional, um novo direito objetivo e autônomo.

A *teoria da autonomia privada coletiva* é desenvolvida na Itália pelos juristas que procuram justificar os fundamentos de uma ordem sindical baseada no princípio da liberdade e da democracia, polarmente oposta às diretrizes corporativistas, tendo como um dos seus intérpretes Gino Giugny, em *Diritto sindacale*.

Giugny afirma que um ordenamento legal contrasta com a vida própria, riqueza e mutabilidade dos fenômenos que interessam ao direito sindical, para concluir que, tomando por base a concepção de Santi Romano, é necessário um ordenamento sindical independente, com critérios próprios de legitimidade representativa, de competência e de outros instrumentos destinados a instaurar um equilíbrio entre as forças sociais contrapostas.

Defende a autorregulamentação sindical dos seus próprios direitos de organização e de ação, inclusive de greve, sem interferências da legislação estatal, teoria que com a lei de greve em atividades essenciais da Itália sofreu um primeiro revés.

Situa-se na mesma linha de ideias, com atenuações, a *teoria da desregulamentação do direito do trabalho,* que propõe a redução ou supressão do espaço legal nas relações coletivas.

Desrecomenda a existência de leis de organização sindical, de negociação coletiva e de greve, para que, espontaneamente, sem leis, essas questões de organização e ação coletiva dos trabalhadores venham a ser por eles decididas, sem os entraves das limitações legais, observa-

dos os princípios de liberdade sindical, no seu aspecto estrutural e dinâmico, sustentados pela Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, que, uma vez ratificada, passa a ser, praticamente, a única norma sobre a matéria vigente no país, como é o caso do Uruguai.

Dos mais expressivos, não só do ponto de vista jurídico como também econômico, são os pactos sociais, forma de entendimento social entre as forças interessadas — governo, sindicatos e empresários —, substitutiva dos planos econômicos originários do socialismo, dos quais diferem substancialmente na medida em que são fruto do debate democrático das forças sociais.

5. A concepção econômica da flexibilização do direito do trabalho

Um movimento de ideias que vem ganhando adeptos é a *teoria da flexibilização do direito do trabalho*, que tem merecido estudos em diversos países, como a coletânea publicada com o nome de *Flexibilité du droit du travail:* objectif ou réalité? (1986), com artigos de Jean Bunel, Mireille Dupupet, Antoine Jeammamaud, Chacissine, Jean-Marc Beraud, Joseph Frossar, Sportouch, Jean Pelissier, Jeanne Goineu, Gérar Vache; as obras de Robert Boyer, *La flexibilité du travail en Europe* (1986); Daubler e Le Friant, "Un récent exemple de flexibilization législative: la loi allemande pour la promotion de l'emploi du 26 avril 1985" (in *Droit social*, Paris, nov. 1986); Bjorn, "Hacia una mayor flexibilidad en la organización de la empresa" (*Revista Internacional del Trabajo*, Genebra, 1986); Arturo Hoyos, "La flexibilización del derecho laboral tradicional: tendencias internacionales recientes" (in *Derecho laboral*, Montevideo, jul./set. 1987); Van der Laat, "Flexibility in labour standards: characteristics of the current system" (*Social and Labour Bulletin*, Genebra, 1987); Roudil, "Flexibilité de l'emploi et droit du travail" (in *Droit social*, Paris, fev. 1985); Vazquez Vialard, "La flexibilidad en el derecho del trabajo: eslogan para disminuir los derechos de los empleados o adecuación a la realidad" (in *Cuestiones laborales*, México, Universidad Autónoma, 1988) e tantas outras cujos títulos são suficientemente expressivos para mostrar quanto é polêmica a tese apresentada como inovadora.

Evitam, alguns, a palavra flexibilização, nela identificando uma ideologia liberal que condenam daí a preferência demonstrada pelo vocábulo *modernização* do direito do trabalho.

Os adeptos do modelo intervencionista de relações de trabalho, como o latino-americano, que tem o seu fundamento tradicional na *concepção heterotutelar*, refratário às visões economicistas que caracterizam os sistemas anglo-saxônicos, valorizante da presença do Estado nas relações de trabalho, vista como única ou principal forma de proteger o hipossuficiente, base da noção do direito tutelar do trabalho em detrimento do direito contratual, acreditam na mágica da lei.

Por tal motivo, não podem ver com bons olhos a flexibilização do direito do trabalho, que é o oposto dessas ideias, bem como os adeptos incondicionais da economia de mercado veem na flexibilização a solução para os problemas trabalhistas da empresa.

A Organização Internacional do Trabalho — OIT — publicou *Negociar la flexibilidad,* sob a coordenação de Muneto Ozaki (2000).

O estudo conceitua emprego flexível como toda forma de trabalho que não seja a tempo completo e não tenha duração indefinida incluindo o tempo parcial, o temporário, que corresponde ao nosso contrato a prazo determinado, o eventual ou intermitente, o emprego para qualificação profissional, como a aprendizagem e o contrato estacional, que é o nosso contrato de trabalho sazonal ou para atividade transitória, como a hoteleira em determinadas épocas do ano, para concluir que diversos fatores contribuem para a variação média da antiguidade no emprego e não apenas a forma de contratação.

Entre esses fatores estão o sexo, a idade, a capacitação do trabalhador e as políticas de aproveitamento dos recursos humanos das empresas.

Mostra que os empregos de larga duração não foram afetados com a supressão das leis sobre estabilidade.

Propõe a vinculação da remuneração ao rendimento, a anualização do tempo de trabalho e novos métodos para compensar as horas extraordinárias.

Mostra que muitos países esforçam-se para reduzir os custos da remuneração dessas horas preferindo compensá-las com tempo livre, ou seja, mediante um sistema de compensação de horas.

Observa que o contrato individual de trabalho não deve ser o melhor método para flexibilizar, sendo mais adequadas, para esse fim, a lei e as convenções coletivas de trabalho.

Destaca que os sindicatos, diante de uma postura inicial contrária e defensiva diante da flexibilização, numa época de constante redução de filiados e de debilitação do poder sindical, reconsideraram essa política e, embora mantivessem restrições, hoje procuram conciliar suas estratégias, dando-se conta de que em nível macroeconômico devem aumentar a produtividade e a competitividade das empresas aceitando, no lugar das funções tradicionais, novos métodos de mercado.

Nessa diretriz, propõe a descentralização das negociações coletivas diante da nova realidade do impacto do desemprego.

Conclui mostrando que "a negociação coletiva, ao permitir que trabalhadores e empresários alcancem de forma conjunta uma solução viável — em vez de que o empregador decida unilateralmente o que é melhor para a organização —, pode dar aos trabalhadores um sentido de compromisso a respeito do processo de transformação e estabelecer uma relação de confiança que conduza a melhores relações de trabalho entre ambas as partes".

Ha estudos voltados para o tema do Ministro Orlando Teixeira da Costa, "Rigidez e flexibilidade do direito do trabalho no Brasil" (in *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*, São Paulo, LTr, 1991, p. 85).

Defende o autor que, "em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida neste sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho. A quebra de rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, por meio de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados. A regulação das relações laborais de modo flexível teria que começar, a nosso ver, por um tratamento jurídico diferenciado entre pequenas, médias e grandes empresas, não apenas

do ponto de vista fiscal, como já ocorre, mas no que diz respeito aos direitos trabalhistas a serem reconhecidos àqueles que elas empregam. Da mesma maneira, seria desejável que se estabelecessem níveis de tratamento entre os empregados, a exemplo do que existe em alguns países europeus, como a Itália, onde o Código Civil distingue três categorias de prestadores de serviços: *operaio* (operário), *impiegato* (empregado) e *dirigente* (dirigente, diretor). Cada uma dessas categorias recebe tratamento legal diversificado em relação a alguns direitos trabalhistas, sendo que a lei de 13 de maio de 1985, n. 190, no art. 2º, inciso 1, ainda criou mais um grupo de trabalhadores subordinados, os *quadri*, que traduziremos como sendo os empregados de escritório, os *white-collar* dos americanos, mas que possuem conceituação legal precisa na Itália, no dispositivo acima mencionado...".

Outra manifestação sobre o tema entre nós é a de Arion Sayão Romita, em *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos* (1991), no qual o professor passa em exame o conceito de flexibilidade e seus reflexos sobre o contrato, a duração do trabalho, as normas sobre execução do contrato, a disciplina dos salários, a negociação coletiva e, principalmente, a dispensa do empregado.

Refere-se também às formas de disciplina do contrato de trabalho e às novas modalidades de contratos de trabalho interinos e temporários concluindo que "dar ao empregador liberdade para renovar o quadro de pessoal, sempre com salários inferiores em cada nova admissão, certamente contribui para incrementar a lucratividade e ensejar novos investimentos. Estes deverão gerar novos empregos. A conservação dos salários em níveis baixos provoca a contração da demanda interna, com reflexos na capacidade de exportação, que tende a crescer em atenção às exigências do *serviço da dívida externa*".

Outros estudos sobre o mesmo tema são os artigos de Luiz Carlos Amorim Robortella, "A flexibilização do direito do trabalho, crise econômica, novas tecnologias e política social do Estado" (*LTr, 54-4*: 430), no qual é enfrentado, entre outros, o problema da compatibilidade com o princípio da norma favorável ao trabalhador a partir do reconhecimento da natureza cambiante da realidade econômica, com o que "uma norma pode ser socialmente aceitável num período de abastança e, entretanto, absolutamente nociva dentro de uma sociedade em processo de crise de emprego".

Acrescenta que "a flexibilização, como técnica gerada no seio da crise das sociedades modernas, pode desempenhar papel de relevo na solução dos problemas emergentes, remexendo em velhas ideias e estruturas, no rastro da modernidade que parece ser a vocação do direito do trabalho".

Heloisa Pinto Marques, em "Flexibilização do direito do trabalho no Brasil" (*LTr*, *54-12*:1450), assim se posiciona: "Escassa a possibilidade de vingar, no Brasil, a ideia de desregulação ou flexibilização do Direito do Trabalho, face à realidade brasileira, onde a participação média dos salários — a massa salarial —, em relação ao produto industrial, é da ordem de 17%, e o desequilíbrio nos padrões sociais de distribuição da riqueza é revelado pelo último relatório do Banco Mundial, dando conta de que o Brasil possui uma das mais altas concentrações de renda do mundo".

Para Arnaldo Süssekind, em *Curso de direito do trabalho* (2002), os sistemas legais devem ter regras indisponíveis que estabeleçam um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, abaixo do qual não se concebe a dignidade do ser humano, e devem abrir espaço para a complementação do piso protetor irrenunciável ou para flexibilizar a aplicação das normas gerais de nível superior, mediante negociação coletiva, isto é, com a participação dos correspondentes sindicatos, aos quais cumpre assegurar a liberdade sindical. Conclui dizendo que a flexibilização deve ter por objetivo: "a) o atendimento a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; b) a implementação de nova tecnologia ou de novos métodos de trabalho; c) a preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregos".

Algumas considerações são necessárias sobre o interessante tema que tanto fascínio vem despertando em alguns, como se vê pela já expressiva análise que está merecendo dos doutrinadores.

Entre os diversos ângulos da questão está o das *relações entre direito do trabalho* e *flexibilização*. Podem situar-se em mais de um prisma.

Os dois principais são a relação de *polarização*, diante do atrito entre a sua função tutelar e a desproteção que resultaria da flexibilização dos direitos dos trabalhadores, e de *integração*, assinalando para a possibilidade de adequada combinação entre os dois objetivos, o afas-

tamento do paternalismo, substituído pela tutela razoável e pela coordenação entre os interesses do capital e do trabalho, e a transferência da tutela do Estado e das leis para os sindicatos e os contratos coletivos de trabalho.

Uma segunda perspectiva de estudo é a das *correntes* que se posicionam sobre a questão e que podem ser resumidas em três, como passa a ser feito.

Primeira, a *flexibilista*, cujas ideias são sintetizadas na manifestação de Lobo Xavier, em Portugal, no seu *Curso de direito do trabalho* (1993), que mostra que o direito do trabalho passa por fases diferentes, a da *conquista*, a *promocional* e a de *adaptação* à realidade atual, com as convenções coletivas de trabalho desenvolvendo cláusulas *in melius* e *in pejus*, na tentativa de dar atendimento às condições de cada época e de cada setor. É a posição, no Brasil, entre outros, de Robortella, ao mostrar a natureza cambiante da realidade econômica, com o que uma norma pode ser socialmente aceita num período de abastança, mas absolutamente nociva numa sociedade em crise e desemprego.

Segunda, a *antiflexibilista*, sustentada, de certo modo, por Vazquez Vialard, em sua obra *La flexibilidad en el derecho del trabajo* (1988), que pergunta se essa proposta é mero pretexto para reduzir os direitos dos trabalhadores ou é, na verdade, uma adequação do direito do trabalho à realidade. É a posição, no Brasil, entre outros, de Orlando Teixeira da Costa, que diz que a flexibilização pode agravar a condição dos hipossuficientes sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho.

Terceira, a *semiflexibilista*, que nos parece resultar de posicionamentos como o de Romagnoli (1992), na Itália, para quem a flexibilização deve começar pela autonomia coletiva, para evitar riscos, por meio de negociações coletivas, tese que é simpática também a Uriarte (1992), no Uruguai, que propõe a desregulamentação do direito coletivo.

Os *tipos de flexibilização* constituem outra dimensão do estudo da matéria, havendo mais de um prisma de classificação, como passa a ser mostrado.

Quanto à *finalidade*, a flexibilização será de *proteção* para preservar a ordem pública social, de *adaptação* com acordos derrogatórios e de *desproteção* quando houver a supressão de direitos adquiridos.

Quanto ao *conteúdo*, pode dividir-se em flexibilização do *modelo jurídico-normativo* de relações de trabalho, passando de um modelo absolutamente legislado, como o da América Latina, para um misto, como o da Europa, que combina contratos coletivos com leis de garantias básicas, ou para um modelo aberto, como o norte-americano, fundado no princípio da não intervenção do Estado nas relações trabalhistas.

Quanto às *formas de contratação*, dá-se a flexibilização com a ampliação do uso dos contratos por prazo determinado, a terceirização mediante subcontratação, empreitadas, cooperativas, trabalho a tempo parcial, emprego dividido, trabalho temporário, falando-se, na Alemanha, em empregados típicos ou atípicos, flutuantes ou não.

Quanto aos *direitos do trabalhador*, a flexibilização recai principalmente sobre compensação de horários de trabalho em parâmetros maiores que o semanal, passando até a anual, supressão de horas extraordinárias e sua não integração nos cálculos dos demais pagamentos, redução de salários por acordo coletivo, participação nos lucros desvinculada dos salários, remuneração variável, desindexação dos salários, promoção da mulher para ter acesso ao processo produtivo em igualdade com o homem, suspensão do trabalho — *lay-off* (Portugal, Dec.-lei n. 64/89) e reclassificação do modelo legal de dispensas, justificando-se as decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos ou de organização da empresa e outros.

Quanto às *funções do direito do trabalho*, discute-se o redirecionamento da proteção ao trabalhador para determinados bens jurídicos fundamentais que não devem ser passíveis de flexibilização, como a tutela da vida, saúde, integridade física e personalidade do trabalhador e alguns direitos econômicos básicos.

O direito do trabalho teria duas partes, os direitos e garantias fundamentais de bens indisponíveis e constitucionalmente protegidos no interesse da ordem pública social, e uma parte contratual, emergente das negociações coletivas e dos contratos individuais de trabalho.

Ainda quanto aos *tipos de flexibilização*, há autores que a classificam em *externa* e *interna*. A primeira designa os tipos de contrato de trabalho diante da nova tecnologia, da economia de serviços, da sociedade de informação e do desemprego; a segunda, dentro do contrato individual de trabalho, isto é, inerente aos direitos do trabalhador, como já foi acima mostrado.

A flexibilização negociada, resultante da autonomia coletiva para adaptação e rerregulamentação do direito do trabalho, é mais consistente do que a impositiva, desregulamentadora, e, nesse ponto, é necessária uma correção de rumos.

O Chile, com o Código do Trabalho de 1973, igualou os direitos mais amplos previstos para determinadas profissões com os fixados para o trabalhador em geral, aumentou o poder do empregador para alterar as funções dos empregados, o local de trabalho e os horários e vetou a duplicidade de indenizações de dispensa, a legal e a convencional, e a reintegração do trabalhador no emprego pela via judicial.

O Panamá, com a Lei n. 1/86, Lei de Reforma Laboral, ampliou a duração do contrato de experiência, reduziu o adicional de horas extraordinárias e redefiniu o salário.

A Colômbia, com a Lei n. 50/90, também diminuiu o adicional de horas extras e reconceituou o salário.

O Equador, com a Lei n. 133/91, promoveu restrições à atividade sindical e à autotutela.

O Peru, com o Decreto-lei n. 728, Lei do Fomento ao Emprego, afetou a autonomia coletiva.

A Argentina, com a Lei n. 24.013/91, flexibilizou os tipos de contrato de trabalho.

Portugal, com o Código de 2003 e sua reforma (Lei n. 7, de 2009, art. 3º, item 3), introduziu muitas modificações, entre as quais:

— a relação das matérias sobre as quais prevalece a lei ou o contrato de trabalho;

— os direitos de personalidade, igualdade e não discriminação;

— a proteção na parentalidade;

— o dever de informação do empregador.

O Paraguai aprovou um Código do Trabalho (1993) que inovou no seguinte:

— a sua inaplicabilidade para diretores, gerentes, administradores e outros executivos da empresa que, diante do caráter de representantes desta, da importância dos seus salários, da natureza do trabalho e da capacidade técnica, gozam de notória independência no trabalho, salvo quando prevalecerem os elementos subordinativos;

— a modificabililidade das condições de trabalho se as partes convierem em substituí-las desde que consagrem benefícios que em seu conjunto sejam mais favoráveis para os trabalhadores.

O Brasil, com a Constituição Federal de 1988, art. 7º, permitiu a redução de salários e jornadas de trabalho, por meio de acordos e convenções coletivas; com a Lei n. 8.630, de 1993, estabeleceu que as normas e condições de trabalho dos portuários, que antes eram fixadas por lei, devem ser ajustadas por contratos coletivos de trabalho; e desvinculou do salário a participação nos lucros ou resultados.

Mediante leis infraconstitucionais retirou o caráter salarial de diversas utilidades, como gastos com educação, despesas médicas, odontológicas, de alguns tipos de seguros do empregado, transporte para o serviço e no retorno deste e autorizou a anualização das horas normais para efeitos de compensação, evitando o pagamento de horas extraordinárias.

A larga evolução da qual resultou a construção dos princípios do direito do trabalho direcionou-se no sentido tutelar do trabalhador, em razão das suas necessidades básicas, comprometidas pela sua condição econômica de dependência e jurídica de subordinação, daí os postulados básicos que sempre foram admitidos, refletindo-se sobre diversos aspectos e institutos que o integram.

Todavia, assim como toda regra tem exceção, os princípios do direito do trabalho também as têm, sendo natural que tal aconteça, mesmo porque o desenvolvimento da economia traz reflexos sobre as relações de trabalho e os modelos jurídicos em cada época, não tendo o menor fundamento a suposição de que a ordem trabalhista possa ser considerada imutável diante da mutabilidade constante dos fatos e das estruturas sociais.

O reconhecimento desses aspectos não pode deixar de ser feito, como, de outro lado, seria de todo inaceitável pensar que as transformações gerais que se verificam trazem como resultado o abandono das vigas mestras em que o direito do trabalho sempre se edificou.

É com esses cuidados que devem ser apreciadas as concepções que, de algum modo, possam ser interpretadas como precarizantes e causadoras de insegurança jurídica e de decadência social.

O defeito de toda posição polar é o risco da falta de equilíbrio e de razoabilidade, que pode levar a eventuais exageros.

Diferem, de modo diametralmente oposto, *direito alternativo* e *direito flexibilizador* das leis de trabalho. Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores.

O princípio da norma favorável ao trabalhador está no rol dos questionamentos promovidos pela teoria da flexibilização do direito do trabalho, que não o trata como se fosse um princípio absoluto.

É um princípio relativo.

Permite exceções e o exemplo está na Constituição de 1988 (art. 7º, VI e XIII). Exemplifique-se, ainda, com as alterações introduzidas na legislação brasileira sobre o trabalho da mulher. De um direito protecionista passou a ser um direito isonômico. Foram eliminadas diversas proibições que a lei impunha ao trabalho da mulher, como a do trabalho noturno, em ambiente com insalubridade e com periculosidade.

O abrandamento do rigor das leis pode ser conveniente para alguns fins, sem perda do sentido do direito do trabalho, mas deve ser acompanhado da adoção de outras medidas, cada vez mais presentes nos ordenamentos jurídicos e que podem evitar a perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho, entre as quais a representação dos trabalhadores na empresa, a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados, condição prévia para que possam aceitar, em bases justas, sacrifícios de redução temporária salarial nas épocas de crise.

Em relação ao direito coletivo, não é possível deixar de assinalar o debate sobre convenção coletiva de trabalho e suas relações hierárquicas com a lei, ou seja, a discussão sobre *o negociado e o legislado,*

entre aqueles que defendem o primado absoluto e insubstituível da lei sobre os convênios coletivos e aqueles que sustentam a primazia da negociação coletiva como fonte direta e autorizada de vinculações jurídicas que podem sobrepor-se às leis; em outras palavras, o efeito *in pejus* das cláusulas convencionadas coletivamente, tanto sobre os contratos individuais como, também, sobre as disposições legais.

Sob o mesmo prisma, do direito coletivo, a flexibilização das leis de organização sindical, no Brasil, tem uma importância: a redefinição do sistema do sindicato único, segundo o qual na mesma base territorial não pode haver mais de um sindicato representativo da mesma categoria profissional ou econômica.

A Convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho — OIT, instrumento que consolida a liberdade de organização sindical com o qual é incompatível a Constituição de 1988, faz com que alterações sejam necessárias.

Por outro lado, *flexibilizar os tipos de contrato individual de trabalho* é uma decorrência da transformação do cenário do trabalho na sociedade contemporânea. Nela ampliam-se as formas de contratação, além do padrão tradicional do contrato por tempo indeterminado e horário integral. Surgiram o contrato a tempo parcial, o contrato de reciclagem profissional, a ampliação dos contratos a prazo, o trabalho temporário, o *job sharing*, a terceirização, o teletrabalho ou trabalho a distância, uma tipologia moderna mais adequada à realidade atual.

A *flexibilização interna do contrato individual de trabalho* significa a mobilidade funcional e a simplificação das formalidades contratuais. Sustenta que, quanto mais simplificada for a contratação, mais fácil será a descontratação, o que é considerado uma necessidade. As dificuldades para a dispensa de empregados é uma das principais causas da falta de iniciativa das empresas para abrir novas vagas de trabalho.

A flexibilização do *salário* valoriza *a desindexação salarial,* que é a transferência para a livre negociação coletiva dos percentuais de reajustes e aumentos coletivos anuais antes fixados por índices oficiais do Governo; a crescente vinculação do salário à produtividade ou eficiência; a desvinculação da natureza salarial de diversas utilidades; a ampliação da participação nos lucros ou resultados; e, como alternativa

para a dispensa coletiva, a redução dos salários por acordos ou convenções coletivas de trabalho ou a suspensão dos contratos de trabalho.

Apesar do justificável esforço protecionista, há um dado preocupante: a aplicação da CLT restrita a 55% da força de trabalho, porque o restante da população economicamente ativa trabalha de modo informal. O processo produtivo contemporâneo é mais competitivo, afetando o capital e o trabalho; há uma visão de curto prazo nas empresas: a ordem é cortar custos; surgem fusões, aquisições, formação de grupos econômicos, reestruturação, reengenharia; há demanda por trabalhadores especializados e crescimento do desemprego, que atinge os trabalhadores até mesmo com alta escolaridade.

6. Garantia, desregulamentação, flexibilização e rerregulamentação

A problemática epistemológica do direito do trabalho no atual quadro das discussões sobre as ideias que o presidem e os fins que deve cumprir na sociedade não se completaria sem uma verificação, ainda que rápida, sobre a nova terminologia que vem sendo desenvolvida nos textos doutrinários e nos debates acadêmicos em que o direito do trabalho é avaliado.

Uma expressão atualmente utilizada no debate doutrinário latino-americano é *garantismo*. Entre os que a utilizam está Oscar Ermida Uriarte[1]. Todavia, resiste à flexibilização. Prefere o que chama de "flexibilização à italiana, que supõe uma substituição do *garantismo* heterônomo pelo *garantismo* coletivo, convertendo as disposições estatais em normas disponíveis pela autonomia coletiva".

Esse neologismo em nosso idioma talvez seja desnecessário. Dispomos da palavra *garantia* para designar a mesma ideia. *Garantismo* não é exatamente *paternalismo,* que pressupõe a substituição da capacidade, de alguém, de deliberar sobre o que é melhor para si próprio pela determinação de outra pessoa supostamente em melhores condições de resolver. Essa substituição é indesejável. É uma forma

1. Oscar Ermida Uriarte (coord.), *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*, Montevideo, FCU, 1993, p. 388.

de despotismo iluminado que não pode ser aceita. Já o garantismo, no sentido aqui empregado, está muito mais próximo de *tutela*. Mas com ela também não se confunde. Esta é uma assistência de alguém sobre outrem e não é exatamente esse o sentido de garantismo que supõe uma concepção de direito do trabalho inflexível e indisponível quanto a determinados direitos que, por serem de ordem pública social e fundamentais para o trabalhador, são assegurados, pela legislação, como mínimos e inderrogáveis.

Uma dimensão do garantismo, além do estatal, é o convencional, resultante dos instrumentos coletivos negociados entre os interlocutores sociais, fundado na autonomia privada coletiva e, por esse mesmo motivo, flexibilizável pelo mesmo mecanismo instituidor: a negociação coletiva.

Desregulamentação é vocábulo que deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, e não aplicado, portanto, ao direito individual do trabalho, para o qual existe a palavra *flexibilização*. Distingue-se quanto ao âmbito a que se refere, uma vez que se desregulamenta o direito coletivo e se flexibiliza o direito individual.

Portanto, *desregulamentação* é a política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e da ausência de leis do Estado que dificultem o exercício dessa liberdade.

Exemplo de desregulamentação é a do direito coletivo italiano. A organização sindical é livre. Não há leis que interfiram nessa liberdade. Esse conceito nos parece melhor. Mas por desregulamentação entende-se, também, no sentido amplo, a ausência total de leis. Isso não é possível. Equivaleria à anomia legal. É impossível porque não há grupo social que possa viver sem regras de comportamento. Sempre haverá leis num ordenamento jurídico.

Rerregulamentação, no sentido de Gino Giugny, é a desregulamentação para nova regulamentação; é a reforma da legislação para que tenha outro sentido, menos corporativista e mais coerente com os novos imperativos sociais. É uma desregulamentação que não visa a criar um espaço vazio, mas uma esfera preenchida por outras normas que redirecionem o ordenamento jurídico democrático.

7. O direito do trabalho como direito fundamental

Uma das concepções de direito do trabalho que procura reagir contra a tendência flexibilizadora da época recente é a do direito do trabalho como um direito de primeiro grau compreendido como um conjunto de direitos fundamentais ou uma parte dos direitos humanos, expressões que não têm o mesmo significado.

A Constituição (1988) usa terminologia nesse ponto diversificada, referindo-se ora a *direitos e garantias fundamentais* (art. 5º, I), a *direitos humanos* (art. 4º, II) e a *direitos e liberdades constitucionais* (art. 5º, LXXI) e ao trabalho como um dos *direitos sociais* (art. 6º).

Direitos humanos é expressão de matriz jusnaturalista, de direito natural. Nesse caso, os direitos do trabalhador teriam de ser compreendidos como direitos existentes *em todos os tempos e acima do direito positivo*, o que não corresponde, na história, à construção do direito do trabalho, que nasceu como decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, fruto de período mais recente da história.

Como direito fundamental, o direito do trabalho teria de ser direito de todos em todos os lugares, *em certo tempo*. Esses direitos são constitucionais quando incluídos na Constituição de um país. É o enquadramento mais razoável. O direito do trabalho nem sempre existiu, suas leis vigoram por certo tempo até a sua revogação, e em diversos países as principais leis têm nível constitucional. O trabalho humano é um valor, e a dignidade do ser humano como trabalhador, um bem jurídico de importância fundamental.

8. Os sistemas jurídicos e o direito do trabalho

O direito positivo agrupa-se em sistemas que se modificam no tempo e no espaço, cada um com algumas características identificadoras com os demais, mas, também, com peculiaridades que os distinguem, segundo, principalmente, os aspectos políticos e econômicos em que se inserem.

René David classifica os sistemas de direito comum da seguinte forma: a) romano-germânico; b) anglo-saxônico; c) socialista; d) sistemas religiosos, como o islâmico, hindu etc.

O direito do trabalho classifica-se segundo diversos critérios.

Primeiro, e segundo o critério político-econômico, classifica-se em sistema *corporativista, socialista* e *neoliberalista*.

Sob o prisma jurídico, a classificação, elaborada a partir da teoria das fontes e do tipo predominante de norma que preside o sistema, é tríplice: *sistemas negociados, legislados* e *comunitários*. Trata-se de mera preponderância do tipo de norma que tipifica o sistema, porque, na verdade, todos são, ao mesmo tempo, legislados e negociados.

Os *sistemas negociados* apresentam o predomínio da *autonomia da vontade*, coletiva e individual, e o tipo fundamental, e quase único, de norma jurídica, o *contrato coletivo de trabalho*, centralizado ou descentralizado, sendo menor a esfera ocupada pela lei. A base do sistema está na iniciativa dos próprios interlocutores sociais, que desenvolvem intensa produção normativa direta e sem intervenção do Estado, que se limita a legislar sobre temas que reputa de maior generalidade.

As suas normas não são impostas pelo Estado. Esse modelo valoriza a ideia do *contrato,* e o *direito coletivo* é desenvolvido com base nos princípios da *liberdade sindical*, dos *contratos coletivos* e do *direito de greve*. As formas de composição dos conflitos são, basicamente, privadas, por meio da *mediação* e da *arbitragem facultativa*, raramente atuando a jurisdição. As empresas têm um poder discricionário maior sobre o pessoal, e as divergências trabalhistas que nelas ocorrem são, via de regra, em seu interior solucionadas. As Constituições são *omissivas*, nada ou quase nada dispondo sobre direito do trabalho.

É o caso dos Estados Unidos da América.

No sistema norte-americano as leis são poucas e esparsas. A ideia de código do trabalho é ignorada. A relação entre o Estado e os contratos de trabalho é mínima. Há uma lei de suporte da negociação coletiva que coíbe a má-fé (*Wagner Act*, 1935).

Um Tribunal Administrativo em Washington investiga e pune atos antissindicais. O Ministério do Trabalho põe à disposição dos interessados serviços de mediação quando solicitados por ambas as partes. O movimento sindical desenvolveu-se com acentuada espontaneidade independentemente de leis. Duas centrais sindicais fundiram-se, constituindo a AFL-CIO. Como a organização sindical não é moldada pela

lei, há sindicatos locais, de trabalhadores de uma empresa, e sindicatos de ramos de atividades.

Numa empresa os trabalhadores têm o direito de promover a eleição de um sindicato que julgarem em condições de defendê-los. Desde que metade mais um dos empregados da empresa votem por um sindicato, será este que os representará. E será o sindicato único na empresa. Os vencidos na eleição também serão por ele representados.

Os conflitos são solucionados na empresa por meio de um procedimento interno de diálogo denominado *greevance* de acordo com as cláusulas previstas no contrato coletivo.

O diálogo para solucionar o conflito começa num primeiro degrau e sobe até os níveis mais altos da empresa. No primeiro degrau o empregado e o chefe devem procurar uma solução direta; não havendo, passa-se para o segundo degrau, caso em que o representante dos trabalhadores dialogará com alguém acima do chefe, subindo-se, assim, sucessivamente, pelas instâncias de negociação fixadas pelo contrato coletivo.

Não sendo possível a solução na empresa, poderá o conflito ser submetido a uma mediação do Ministério do Trabalho. A mediação é facultativa, salvo se obrigatória pelo contrato coletivo.

Frustrada a mediação, as partes podem valer-se de um árbitro. Este é um particular escolhido pelas partes de uma lista de nomes inscritos numa associação. A arbitragem é feita no local indicado pelas partes. A estas cabe o pagamento das despesas e honorários do árbitro. Geralmente, cada parte arca com a metade. O sindicato responde pelo pagamento para o trabalhador.

A arbitragem é irrecorrível e o laudo arbitral não é reexaminado pelo Poder Judiciário, salvo em seus aspectos formais, como uma nulidade relacionada com a pessoa do árbitro.

Nos conflitos coletivos a composição deve resultar da negociação. Se impossível, restam a mediação e a arbitragem. A atuação do Judiciário é restrita a poucas decisões dos juízes de direito e a alguns pronunciamentos da Corte Suprema; nas questões de constitucionalidade o juiz pode expedir ordem de paralisação de uma greve que considerar ilegal. É a *injunction*.

Os *sistemas legislados* são caracterizados pela amplitude da lei, constitucional e infraconstitucional, pelo dirigismo do Estado nas relações de trabalho e pela menor amplitude da autonomia da vontade e das negociações coletivas.

Os *sistemas comunitários* surgiram na época contemporânea com a globalização e a União Europeia. Caracterizam-se pela elaboração de um direito do trabalho internacional, comum aos Estados integrantes da Comunidade, que o aplica prioritariamente ao seu direito interno. As normas são elaboradas por um Parlamento da Comunidade. Os casos concretos de aplicação do direito comunitário são apreciados pelos tribunais de cada país, que podem suspender julgamentos submetendo-os ao Tribunal da Comunidade.

Os Estados-Partes continuam a desenvolver a sua atividade normativa. Os Legislativos fazem leis, os Executivos fiscalizam as relações de trabalho e os sindicatos desenvolvem negociações coletivas em seus respectivos âmbitos de representação, mas as resoluções comunitárias prevalecem e passam a influir no direito interno diretamente. Foram criadas representações sindicais e patronais em nível comunitário. Existem contratos coletivos comunitários. A circulação dos trabalhadores na Comunidade é livre, com raras restrições em casos de interesse e ordem pública.

§ 15. A evolução da denominação

Sumário: 1. Legislação industrial. 2. Direito operário. 3. Direito corporativo. 4. Direito social. 5. Direito do trabalho. 6. Do direito operário para o direito dos trabalhos.

1. Legislação industrial

O estudo do nome de uma disciplina jurídica ajuda a entender a sua evolução, As sucessivas alterações de nome fazem parte da história do direito do trabalho. A denominação sofre a influência dos respectivos contextos.

Nos primórdios do direito do trabalho a sua denominação era legislação industrial, depois evoluindo para direito industrial. Segundo os historiadores, trata-se de denominação de origem britânica ou francesa. É empregada por Bry, Cuche e Capitant, Paul Pic, Greenwood, Tyllard, Paul Haident, Adaucto Fernandes etc. Na França, em 1905, foi realizado um Curso de Legislação Industrial. Na Itália, os juristas La Lumia (1932), Rotondi (1935), Caliendo (1937) e Cristofaro (1937) também optaram por essa forma de expressão.

Na Inglaterra, ainda na atualidade, é frequente falar em *Industrial Law*.

Esse é o título de algumas obras como as de Gayler (1955), *Industrial law*; Mansfield-Cooper (1954), *Outlines of industrial law*; e Samuels (1958), *Industrial law*. Explica-se esse fato porque quando o direito do trabalho surgiu, após a Revolução Industrial, as relações de

trabalho predominantes na estrutura socioeconômica eram as das indústrias. Portanto, o trabalho industrial, historicamente o primeiro relevante para a questão social, justificou essa denominação que hoje é totalmente inadequada. Expressaria apenas uma parte dos setores de atividades econômicas e não todas as atividades econômicas e de relações de trabalho da época contemporânea.

Não é adequado em nossa época falar em direito industrial no sentido empregado no século XIX. O problema trabalhista não se confina à indústria, abrangendo também o comércio, a agricultura etc. Direito industrial, hoje, é a parte do direito que estuda as marcas, patentes, invenções etc. Na indústria os problemas jurídicos são muito amplos; não se limitam apenas às relações de emprego; abrangem questões fiscais, comerciais, econômicas, assistenciais etc.

Por outro lado, legislação industrial é forma incorreta, pois o direito positivo não se resume à lei. O estudo das normas jurídicas é muito mais amplo e as leis constituem apenas um tipo de norma jurídica, apesar do sentido lato que lhes é dado pelos anglo-saxônicos. O direito do trabalho não está reduzido ao simples estudo da legislação vigente.

2. Direito operário

Trata-se de denominação adotada por Scelle (1929), Cohendy, Alvarez, Evaristo de Moraes etc. Surgiu com a evolução da proteção, antes dispensada somente aos trabalhadores da indústria, depois extensível aos operários em geral. Em determinados sistemas jurídicos, o vocábulo *operário* refere-se ao trabalhador braçal; o trabalhador preponderantemente intelectual é considerado empregado.

A nossa disciplina não se limita aos operários; também os patrões encontram-se por ela abrangidos, por uma série de deveres prescritos na norma jurídica. Portanto, o unilateralismo que caracteriza a expressão *direito operário* a torna imprestável.

3. Direito corporativo

É o nome utilizado por Fantini, Chiarelli, Cesarini Sforza, Cioffi, Nicola Jaeger, Carlo Costamagna, Virgilio Feroci, Cunha Gonçalves

(Portugal) etc. No Brasil, Oliveira Viana, Cavalcante de Carvalho etc. As suas origens são encontradas no corporativismo italiano. Porém, o corporativismo italiano foi uma tentativa de unificação das forças de produção e não somente do trabalho.

Além disso, o sentido tomado pela expressão *direito corporativo* é o do *direito coletivo*. O corporativismo destina-se à unificação econômica nacional e o direito do trabalho tem fins diferentes, pois a sua principal meta é reger a atividade humana subordinada.

4. Direito social

Direito social é expressão empregada por Georges Gurvitch, García Oviedo, Juan Menéndez Pidal, Pérez Paton, Ayala, Martín Granizo, Gonzales Rothvoss, Vasco de Andrade, Cesarino Júnior etc. Destacou-se com a obra de Gurvitch, *L'idée du droit social*, completada por seu outro livro, *Le temps présent et l'idée du droit social,* que têm grande significado para demonstrar o pluralismo do direito do trabalho. Põem em discussão o problema das fontes do direito positivo para rejeitar uma posição monista de direito unicamente produzido pelo Estado. Além disso, afirma que há um direito social que não se confunde com o direito individual resultante da atividade dos grupos autônomos existentes na sociedade.

Em *L'idée du droit social*, Gurvitch propõe uma definição descritiva de direito social.

Mostra que a sua função é a "integração objetiva de uma totalidade", o fundamento da sua força obrigatória é a espontaneidade da sua formação emanada do próprio grupo, seu objeto é a "regulamentação da vida interior do todo", sua estrutura corresponde a essa mesma participação direta da totalidade dos grupos, sua manifestação exterior reveste-se da forma de um "poder social não ligado normalmente aos constrangimentos incondicionados" em sua realização.

Ressalta o "primado do direito inorganizado sobre o organizado" e seus sujeitos são "as pessoas coletivas complexas".

Todos esses aspectos deixam evidenciado que as preocupações de Gurvitch ao elaborar a sua teoria distanciam-se dos limites mais estritos da nossa disciplina, razão pela qual a expressão *direito social* de Gurvitch não tem o mesmo sentido técnico de direito do trabalho.

Cesarino Júnior dá ao seu livro principal o nome *Direito social brasileiro*. Propõe um âmbito maior à nossa disciplina. Abrangeria não apenas as relações contratuais entre empregados e empregadores e as relações coletivas entre as organizações sindicais. Inclui ao lado dessas matérias outras que, como o direito assistencial, têm por fim amparar as pessoas economicamente débeis.

Para designar as pessoas que necessitam da proteção e em função das quais entende que se justifica a existência de um ramo específico do direito, sugeriu a palavra *hipossuficientes*. Assim, direito social seria o ramo do direito de tutela dos hipossuficientes.

Essa denominação tem grande aceitação no direito brasileiro. Coincide com a disciplina a que se referiria o art. 6º da nossa Constituição Federal de 1988. Cesarino sentiu a necessidade de adotar denominação mais abrangente das relações de trabalho, daí definir direito social como "a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e a ter acesso à propriedade privada"[1].

A justificativa para tal denominação resulta da posição em que se coloca Cesarino Júnior diante do problema do âmbito da nossa disciplina e é aceitável se for essa a amplitude que o intérprete quiser dar à matéria que estudamos. Assim, se o direito do trabalho for destinado a resolver a "questão social" e a promover a "justiça social", há inegável adequação. Se entendido restritamente, será demasiado ampla a designação.

A crítica de Gallart Folch sobre essa denominação é a seguinte: "Não existe ramo algum da enciclopédia jurídica que não careça de caráter social e, portanto, reservar a qualquer deles o privilégio de tal denominação é cair em confusão". Paulino Jacques também formula uma crítica a essa terminologia. Entende que é ambígua porque não se sabe se se trata de um novo direito ou do próprio direito do trabalho.

Na verdade, direito social é expressão de mais de um sentido. Para uns é o mesmo que pluralismo jurídico, ou seja, o direito produzido

1. *Direito social brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1970, v. 1, p. 29.

pelos próprios grupos sociais diretamente, como as convenções coletivas, os usos e costumes etc. Para outros, é o direito de caráter assistencial destinado à proteção dos hipossuficientes. Portanto, os autores não dão o mesmo conteúdo a essa expressão.

Vicente Ráo também considera impróprio falar direito social[2]. São estas as suas observações:

"Direito social é designação duplamente imprópria:

a) porque social é todo o direito e, assim sendo, não pode indicar, especificamente, qualquer disciplina jurídica; *b*) porque, se possível fosse atribuir um sentido particular a essa designação, sentido seria, este, correspondente ao exercício das funções sociais do Estado (higiene, educação, população, regulamentação do trabalho, menores etc.), consideradas então como matéria de direito público".

Jean-Claude Javillier, em seu *Droit du travail* (1978), usa a expressão *direito social* para compreender o direito do trabalho e o direito de previdência social.

A título de conclusão convém, no entanto, sublinhar que a expressão *direito social*:

a) revela a existência de um *tertius genus* entre o direito público e o privado;

b) indica um sistema jurídico que nasceu para resolver uma questão própria, a questão social;

c) permite incluir nos quadros desse ramo jurídico a Seguridade Social;

d) contrapõe-se à "individual" caracterizadora de um direito de cunho individualístico.

O *social*, presente em todos os sistemas jurídicos e políticos, indica uma nova exigência terminológica.

5. Direito do trabalho

Preferem direito do trabalho, entre outros, Asquini, Barassi, Bortolotto, Riva Sanseverino, Kaskel-Dersch, Hueck-Nipperdey, Gallart

2. Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, Max Limonad, 1960, v. 1, p. 270.

Folch, Ramirez Gronda, Mario de la Cueva, Sinzheimer, Paul Durand, Pérez Botija, Santoro-Passarelli, Deveali, Manuel Alonso García, Krotoschin, Lyon-Caen, Rivero e Savatier, Camerlynck etc. No Brasil, Paulino Jacques, Arnaldo Süssekind, Evaristo de Moraes Filho, Orlando Gomes, Tostes Malta, Antero de Carvalho, Mozart Victor Russomano, Gama Cerqueira, Roberto Barreto Prado, Délio Maranhão etc.

Foi adotada essa expressão no I e II Congresso Internacional de Direito do Trabalho, em Trieste (1951) e Genebra (1957). Suas origens estão na Alemanha. Em 1912 Potthoff e Sinzheimer a empregaram.

No direito comparado são encontradas as seguintes denominações:

1) Estados Unidos: *Labor Law*; 2) Itália: *Diritto del Lavoro*; 3) França: *Droit du Travail*; 4) Alemanha: *Arbeitsrecht;* 5) países de língua espanhola: *Derecho del Trabajo*.

No Brasil, o Decreto n. 17.329, de 1926, instituiu na Faculdade de Direito a cadeira de Direito Industrial e Legislação Operária. Em 1937, no Estado de São Paulo, o Decreto n. 3.023 criou na Faculdade de Direito a cadeira de Legislação Social. A Constituição Federal de 1937, no art. 16, XVI, fala em direito operário; no art. 137, em legislação do trabalho; e, no art. 139, em legislação social. Em 1939, o Decreto-lei n. 1.237, que instituiu a Justiça do Trabalho, no art. 18, refere-se a legislação social e, no art. 94, a direito social. Em 1956, a Lei n. 2.724 muda a denominação da cadeira, nas Faculdades de Direito, para Direito do Trabalho e incorpora o direito industrial ao direito comercial.

As Constituições Federais de 1946, de 1967/1969 e de 1988 preferem Direito do Trabalho; hoje existem a Justiça do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego, as Delegacias Regionais do Trabalho — nome alterado para Superintendências Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego.

6. Do direito operário para o direito dos trabalhos

Na Itália, Giuseppe Santoro-Passarelli (*v*. *Diritto del lavori*, 2004) dá ao seu livro o nome *Direito dos trabalhos*, no plural, e não *Direito do trabalho*, no singular, porque sublinha o que denomina *vocação plural do direito do trabalho.*

Tal vocação, afirma o autor, deriva do fato de nossa disciplina não ter mais como referência exclusivamente as relações de trabalho subordinado na empresa a tempo pleno e indeterminado, mas uma pluralidade de relações de trabalho subordinado e não subordinado que se difundiram ao lado daquela, e uma série de formas contratuais igualmente subordinadas, mas flexíveis, como o trabalho a tempo indeterminado, a tempo parcial, intermitente e compartilhado, que o legislador italiano em parte já reconhece com a Lei n. 276, de 2003.

Acrescenta Santoro-Passarelli que há outras relações de trabalho acolhidas pelo direito do trabalho peninsular não subordinadas — como o trabalho de colaboração, continuativo e coordenado.

Esse fenômeno conduz a novos tipos contratuais não coincidentes com o do operário da fábrica, tais como o trabalho associativo em participação, o trabalho dos sócios de uma cooperativa de produção e de trabalho, o trabalho em organizações de voluntariado, os contratos de inserção na empresa, os contratos de tirocínio e de formação profissional, o trabalho socialmente útil, e assim por diante, argumentos com os quais procura justificar a modificação do nome da nossa disciplina para Direito dos Trabalhos.

Os argumentos de Santoro-Passarelli justificam a alteração do direito dos contratos de trabalho, mas não da disciplina toda. O direito do trabalho é mais amplo do que o direito dos contratos de trabalho.

§ 16. De direito dos empregados para direito do trabalho

Sumário: 1. Definições subjetivistas. 2. Definições objetivistas. 3. Definições mistas. 4. Direito do trabalho no sentido subjetivo e objetivo. 5. O conceito contemporâneo de direito do trabalho. 6. Nossa definição de direito do trabalho.

1. Definições subjetivistas

Há uma tendência de ampliação do direito do trabalho que já foi direito industrial, direito dos operários, transformou-se em direito dos empregados e no sistema contemporâneo de produção tende a se modificar outra vez para direito do trabalho no sentido puro e não impróprio como tem sido até a nossa era. Esses aspectos refletem-se na sua definição.

Definir consiste em escolher as palavras exatas para designar sinteticamente o fenômeno que se quer apresentar, tendo por finalidade facilitar a sua compreensão. Exige, portanto, um critério de escolha dos componentes do texto da definição, suficientes para traduzir, harmonicamente, o que se pensa estar transmitindo.

Para esse fim, esses critérios não são coincidentes porque para alguns a perspectiva a ser observada é a dos sujeitos, para outros é o objeto e para outros, ainda, ambas.

Subjetivistas são as definições de direito do trabalho que têm como vértice os sujeitos ou pessoas a que se aplica e que figuram nas relações jurídicas que pertencem ao âmbito da sua disciplina normativa.

Não é difícil compreender que toda definição está condicionada a determinada posição do intérprete. Assim, também as definições subjetivistas podem variar, dependendo da resposta que venha a ser dada à seguinte pergunta: quais são os sujeitos que figuram nas relações trabalhistas? A resposta não pode ser simples porque há divergência de opiniões.

Aceita a premissa de que o direito do trabalho deve ser, na verdade, um direito dos empregados, na definição correspondente de "direito do trabalho como ramo do direito que disciplina as relações de emprego, individuais e coletivas", estará refletida tal posição.

Se, porém, o direito do trabalho abrange não apenas as relações de emprego, mas outras, como as de trabalho autônomo, outra teria de ser a definição.

Kaskel-Dersch definem direito do trabalho como o "conjunto de todas as normas jurídicas, de índole estatal ou autônomas, que regulam a situação jurídica das pessoas diretamente interessadas na relação de trabalho dependente, seja como trabalhadores, empregadores ou de qualquer outro modo, e das pessoas assimiladas pela Lei parcialmente aos trabalhadores".

Enquadra-se entre as subjetivistas também a definição de Miglioranzi proposta em seu livro *Comprensività del diritto del lavoro*, no qual sustenta que direito do trabalho "é o complexo de normas que disciplinam o estado profissional do trabalhador como tal".

Para Rodolfo Napoli[1], o direito do trabalho "tem por fim disciplinar as relações pacíficas ou conflitantes entre os empregadores e trabalhadores que prestam sua atividade por conta alheia, as das associações profissionais entre si e as destas e daqueles com o Estado, com um fim de tutela e colaboração".

Orlando Gomes e Elson Gottschalk, em seu *Curso de direito do trabalho*, definem direito do trabalho como "o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre os empregadores privados — ou equiparados — e os que trabalham sob sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele".

---

1. *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1963.

2. Definições objetivistas

Objetivistas são as definições que consideram o objeto, a matéria disciplinada pelo direito do trabalho e não as pessoas que figuram nas relações jurídicas que pertencem ao seu âmbito. Diferem, portanto, das subjetivistas, que se ocupam do âmbito pessoal do direito do trabalho, enquanto as definições objetivistas tratam do âmbito material do direito do trabalho.

Cabem aqui as mesmas observações antes formuladas, porque, não concordando os autores com o âmbito material do direito do trabalho, as definições não podem ser coincidentes.

Há correlação entre os dois ângulos e ambos se confundem, o pessoal e o material. O objeto do direito do trabalho para muitos é o "trabalho subordinado". Para outros, é também o "trabalho autônomo". Há aqueles que acrescentam não só relações entre particulares, mas relações jurídicas com o Estado, dando caráter público à nossa disciplina. Todas essas posições que se referem quer à natureza jurídica do direito do trabalho, quer aos tipos de relações que regula refletem-se nas definições.

Asquini[2] é objetivista ao dizer que direito do trabalho "é o complexo de normas que regulam o trabalho prestado em virtude de um contrato na dependência de uma empresa privada"; também La Loggia[3], para quem direito do trabalho "é a parte do Direito que tem por objeto as relações de trabalho subordinado", definições já analisadas por Evaristo de Moraes Filho[4], que as considera, tal como as subjetivistas, incompletas porque assinalam apenas um dos aspectos que devem ser considerados. Trata-se, segundo Evaristo, de definições que permanecem na periferia do assunto, sem aprofundar a compreensão, estando as objetivistas mais próximas da realidade porque enunciam o contrato ou relação de emprego no centro do direito do trabalho.

Objetivista é a definição de Messias Pereira Donato[5]: "corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho

2. *Sull'autonomia del diritto del lavoro. Scritti Giuridici*, Padova, 1936.

3. *Principii del diritto del lavoro*, 1940.

4. *Tratado elementar de direito do trabalho*, Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1965, p. 14.

5. *Curso de direito do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 6.

subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam".

3. Definições mistas

Mistas são as definições que abrangem as pessoas e o objeto do direito do trabalho numa unidade considerada necessária para melhor explicar o conteúdo desse ramo do direito.

José Martins Catharino[6] entende que "não há separação nítida entre o subjetivo e o objetivo em qualquer fenômeno jurídico. Subjetivismo e objetivismo são verso e reverso da mesma realidade. A proeminência maior ou menor, de um ou do outro, depende da posição da própria realidade ou do ângulo em que se encontra o observador". Define direito do trabalho como "conjunto de princípios e normas que regulam, principalmente, as relações imediata ou mediatamente ligadas ao trabalho remunerado, livre, privado e subordinado, e, ainda, aspectos relativos à existência dos que o executam".

Evaristo de Moraes Filho[7], declarando-se adepto das definições mistas, diz que direito do trabalho é "o conjunto de princípios e de normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado e outros aspectos deste último, como consequência da situação econômica das pessoas que o exercem". Indica como posicionados na mesma linha das definições mistas Gallart Folch, Granizo e Rothvoss, Miguel Hernainz, Castán Tobeñas, Hernández Gil, Barrutia, Pérez Botija, Fantini, De Litala, Amoros, Caldera, Ramirez Gronda etc.

Guillermo Cabanellas[8] adota a seguinte definição: "Direito do trabalho ou direito laboral é aquele que tem por conteúdo principal a disciplina das relações jurídicas entre empresários e trabalhadores e de uns e outros com o Estado, no que se refere ao trabalho subordinado e no que diz respeito às profissões e à forma da prestação de serviços,

---

6. *Compêndio universitário de direito do trabalho*, São Paulo, EJU, 1972, v. 1, p. 49.

7. *Tratado elementar de direito do trabalho*, Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1965, p. 24.

8. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, v. 1, p. 156.

e também no que se relaciona com as consequências jurídicas mediatas ou imediatas da atividade laboral dependente".

Para Hector Hugo Barbagelata[9] é "aquele que compreende o conjunto de disposições legais e regulamentares que tratam ou regulam a situação daqueles que trabalham sob subordinação de um terceiro, e por extensão, de certos trabalhadores independentes".

Para definir, segundo Regis Jollivet, é preciso delimitar. Laher ensina que definir é explicar o sentido de uma palavra ou a natureza de uma coisa. A definição perfeita, para a lógica, é pelo *gênero próximo e diferença específica*.

Segundo esse método, na definição é indispensável incluir o gênero a que pertence o direito do trabalho, os aspectos que o diferenciam dos demais ramos da ciência do direito, no que surge como pressuposto o posicionamento do autor sobre o tipo de trabalho que é seu objeto.

O gênero próximo do direito do trabalho não é o direito público, embora tenha alguns aspectos que podem levá-lo a dispor de mecanismos de direito público como as leis sobre administração pública do trabalho. O centro da sua positivação recai sobre o contrato individual de trabalho e este é um fenômeno de direito privado, como também o é a legislação sobre sindicatos e o princípio da liberdade sindical.

Os aspectos que o diferenciam dos demais ramos do direito resumem-se à sua especialidade. O direito do trabalho é um direito especial que rege as relações entre trabalhadores e tomadores de serviços e as relações entre os grupos sociais que os representam.

4. Direito do trabalho no sentido subjetivo e objetivo

Não é demais lembrar que a palavra *direito* pode ser tomada em sentido subjetivo e objetivo, o que se reflete, ainda, sobre o direito do trabalho, que não dá, também, o mesmo significado nas duas diferentes e conhecidas dimensões.

Costuma-se relacionar o conceito de direito subjetivo às noções de *facultas agendi* e *norma agendi*. Essa colocação, embora mereça

9. *Derecho del trabajo,* Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978, p. 65.

críticas da doutrina moderna, permite mostrar, como sublinha Miguel Reale, o direito subjetivo e o direito objetivo de modo complementar porque seria impensável um sem o outro. Direito subjetivo é vontade juridicamente protegida ou o interesse juridicamente protegido. *Direitos subjetivos* são prerrogativas que têm uma pessoa para realizar determinados atos em sua vida jurídica, daí falar-se em *meu* direito de testar, de votar e de *me* locomover.

Distingue a teoria moderna entre *direito subjetivo* e *faculdade de agir*. Esta é modalidade de exercício daquele. No sentido subjetivo, direito do trabalho quer dizer o *poder-querer* do ser que trabalha para outrem.

É possível desdobrar a análise do sentido subjetivo da expressão *direito do trabalho* para distinguir a sua *dimensão social* da *individual.* Aquela designa o que pertence, por justiça, ao trabalho diante do capital, polêmica questão que nos levaria a outras esferas e não afastaria o estudo da *alienação,* da *mais-valia* e do *princípio do justo salário*. Esta circunscreve o que pertence ao trabalhador singularmente considerado em função de vínculo concreto de trabalho que mantém ou manteve com outrem na qualidade de profissional assalariado e que lhe é devido em razão do que lhe confere o ordenamento jurídico.

Direito do trabalho no sentido objetivo é a *norma e o ordenamento*, pois todo ramo do direito é um conjunto de normas, embora não se limite apenas a isso.

Nessa acepção, tendo o sentido de conjunto de regras de comportamento, de autorizações ou proibições tipificadas nos diversos instrumentos normativos todo direito é, como o direito do trabalho, norma e ordenamento.

Nesse caso, quando a lei ou a convenção coletiva declaram que o empregado tem direito a 30 dias de férias anuais, esse é o direito no sentido objetivo, mas quando o empregado pleiteia a concessão desses dias de férias estar-se-á diante de uma situação específica da sua pretensão, portanto do seu direito subjetivo, concreto, pessoal, fundado no direito objetivo.

5. O conceito contemporâneo de direito do trabalho

Direito dos empregados ou direito do trabalho?

O conceito de direito do trabalho não pode ser satisfatoriamente avaliado sem a sua inserção no direito, fenômeno maior a que se acha integrado, como a parte em relação ao todo.

Aceitando-se como premissa que a lógica é a ciência da estrutura do pensamento e os elementos do pensamento são os conceitos, que, uma vez apreendidos de modo unívoco, permitem ao pensamento científico cumprir a sua finalidade, tem-se como da maior importância o estudo do conceito de direito do trabalho à luz dos impactos que esse fascinante ramo do direito vem sofrendo no período contemporâneo.

É preciso convir, também, que, como mostrei em *Teoria geral do direito do trabalho* (1998), em todo conceito podem distinguir-se dois aspectos: o conteúdo, que é, como diz Hessen, o compêndio de ingredientes do pensamento que nele formam uma unidade, e a extensão, que é a soma dos objetos abrangidos pelo conceito cuja representação se quer definir por meio de palavras.

Tem-se como pacífico que o direito não pertence à natureza física, não é produzido por uma lei química ou biológica, muito menos por uma lei mecânica própria do mundo não cultural e dentro de uma infalível inelutabilidade. É inteiramente correta a conclusão segundo a qual o direito, ao contrário, apresenta-se-nos pleno de sentido, de significação, como expressão de uma estrutura de fins e de meios congruentes, como intencionalidade.

Nada há na natureza física que se nos apareça como um elemento jurídico. Ao contrário, existe o direito porque o homem procura ordenar a sua coexistência com outros homens, pautando-a por meio de determinadas normas por ele dispostas no sentido de evitar um conflito de interesses e realizar um ideal de justiça. O direito é um instrumento de realização da paz e da ordem social, mas também se destina a cumprir outras finalidades, entre as quais o bem individual e o progresso da humanidade.

Nessa perspectiva é que o direito do trabalho, parte que é do direito, está, também, conectado.

Como o saber jurídico comporta uma consideração no plano transcendental ou filosófico, próprio da filosofia do direito, e uma consideração empírico-positiva, reservada para a teoria geral do direito, a sociologia jurídica, a história do direito, a etnologia jurídica, a

psicologia jurídica e a política do direito, não se poderá descuidar desses diferentes e relevantes prismas quando se pretender, no plano acadêmico, enfrentar conscientemente a discussão sobre o conceito do direito do trabalho, e dentro dele sobre sua teoria geral, à qual compete fixar os diferentes compartimentos ou categorias normativas do direito positivo, assim como cabe à filosofia do direito a especulação sobre o *justo natural*.

Do mesmo modo que o direito é o resultado da pressão de fatos sociais que, apreciados segundo os valores, resultam em normas jurídicas, o direito do trabalho se põe numa perspectiva semelhante. Seu desenvolvimento sempre se ordenou sobre uma relação jurídica entre particulares. Os fatos econômico-trabalhistas que se seguiram à Revolução Industrial, consistentes na formação de um aglomerado de trabalho em torno da máquina a vapor, então descoberta, constituem, sem dúvida, a base sobre a qual nossa disciplina foi construída.

O *direito do trabalho* tem sido mais *vivido* do que *conceituado*, o que não impede que se faça a tentativa da sua compreensão conceptual. Nada há de surpreendente nisso. Durante milênios o homem conviveu com o direito, desde as mais primitivas formas de vida em sociedade, sem cogitar do seu conceito, problema a respeito do qual até hoje prosseguem divergências. Natural que com o *direito do trabalho* o mesmo tivesse acontecido. A doutrina do *direito do trabalho* tem-se contentado em delimitar a discussão a dois aspectos estritamente singulares e incompletos — a verificação dos sujeitos das relações individuais de trabalho e o objeto dessas mesmas relações —, deixando de lado o debate a respeito da questão fundamental.

Não se deve prescindir, na procura do exato conceito de direito do trabalho, de algumas verificações preliminares, como os sujeitos das relações jurídicas nele desenvolvidas — e nesse particular há modificações e incertezas —, o tipo de trabalho objeto dessas relações e a concepção de trabalho do intérprete que o conceitua.

Quanto aos sujeitos que figuram nas suas relações jurídicas, é possível detectar três posições.

Primeira, a concepção *restritiva*, que o limita como um direito do empregado, urbano, rural ou doméstico, o dependente ou subordinado, que, para alguns, como na doutrina espanhola, é o trabalhador por conta alheia.

Segunda, a corrente *ampliativa* pela qual se trata de um direito de todos os que trabalham por conta alheia e, também, dos trabalhadores por conta própria ou autônomos.

Terceira, uma variação da corrente da subordinação defendida por aqueles que admitem um tipo de trabalhador, além dos já citados, intercalado entre o subordinado ou por conta alheia e o autônomo, o trabalhador parassubordinado, tese que tem seguidores na doutrina italiana.

O aspecto que nos parece principal nas tendências contemporâneas é o que ressalta a diversidade de formas de trabalho e a correspondente variação dos tipos contratuais criados em decorrência da superação do contrato-tipo do início da sociedade industrial.

Vivemos numa sociedade pós-industrial ou pós-moderna.

Nela modificaram-se os processos de produção de bens e de prestação de serviços diante da informática, da cibernética e da comunicação a distância.

Como se vê, são diversos os ângulos — nem todos aqui examinados — mediante os quais a questão pode ser avaliada, todos implicando determinada visão do conteúdo do nosso ramo do direito, relacionado que está com o problema dos sujeitos que figuram nas relações jurídicas abrangidas em seu âmbito pessoal das formas de trabalho criadas pelo avanço da tecnologia.

Mas não é esse o único problema porque, além da definição dos sujeitos integrantes das relações de trabalho, surge outro aspecto, o delineamento do *trabalho objeto do direito do trabalho* convergindo num ponto as conclusões: é o *trabalho profissional*.

O trabalho gratuito, o religioso, o do bom vizinho, não profissional, fica fora da esfera do direito do trabalho.

Tudo o mais ainda provoca discussões.

Até mesmo a *subordinação*.

A *continuidade,* resultante do trato sucessivo que é um dos elementos do contrato de trabalho no entanto, é requisito que divide duas fronteiras de trabalho humano, o trabalho eventual e o trabalho não eventual, aquele incluído, pela doutrina predominante, em nossa disciplina, este, o trabalho fixo, é evidentemente típico do seu âmbito.

Desdobra-se a discussão para outros tipos como o trabalho desportivo — durante muito tempo exclusivamente amador e de fins não profissionais; na atualidade, todavia, transforma-se em rendoso campo de trabalho remunerado para uma minoria destacada —, o penitenciário — que tem sido acoplado a fins comerciais, com êxito em muitos casos, ao associar duas diferentes finalidades, a punitiva e a reeducativa, quando o trabalho é exercido como penalidade de prestação de serviços à comunidade.

Muitos acoplam a este o estudo do *conceito de trabalho* — e não de *direito do trabalho* —, tema de filosofia do trabalho cujas raízes primeiras estão no pensamento da Antiguidade e da Idade Média — do trabalho como um castigo dos deuses —, no Renascimento — com as ideias de valorização do trabalho como manifestação da cultura — e, mais recentemente, nos preceitos constitucionais modernos — do trabalho como direito, como dever, direito-dever ou, ainda, como valor fundante das sociedades políticas.

O princípio protetor é a base do direito do trabalho. Tem de ser valorizado e aperfeiçoado, mas também requalificado. Nosso direito passou a conviver com leis fora da CLT, boa parte delas para atualizar o próprio texto desta.

A legislação trabalhista vem passando por reformas destinadas a melhorar as suas proposições para que possa acompanhar as exigências da sociedade contemporânea sobre a qual atua e para a qual tem o dever de apresentar diretrizes jurídicas capazes de dar respostas aos seus enormes desafios.

Impõe-se comparar as leis contemporâneas com as ideias do direito do trabalho para ver se há sintonia ou assimetria entre os dois planos de conhecimento. E, por esse meio, concluir que há um desajuste entre o que propõe a dogmática jurídica e o que se espera de uma reforma da legislação em nosso país.

Para esse fim, impõe-se reavaliar as ideias fundantes do direito do trabalho e, em comparação com o sistema legal, avaliar quais seriam as suas partes impactantes na diretriz do que se aguarda como uma reforma.

Quais são essas bases?

São reveladas pelo direito do trabalho clássico do seu período de formação que tem como finalidade primeira a proteção do trabalhador.

O direito do trabalho nasceu para criar uma "blindagem" do operário — na época da primeira questão social — diante do seu envolvimento pelo processo produtivo da Revolução Industrial do século XVIII.

Esses princípios clássicos estão em mutação na sociedade pós-industrial e, embora permaneçam, devem ser aperfeiçoados, e para a consecução desse fim há um problema cultural: rever como parâmetros modificáveis o conjunto normativo que retrata as transformações do processo produtivo.

Quanto às organizações sindicais, os problemas são diversos.

De um modelo corporativista a Constituição Federal de 1988 passou a um sistema semicorporativista que não pode ser alterado sem a modificação da Lei Maior, com o que o mais factível é a pura e simples regulamentação do art. 8º da Constituição Federal de 1988 com os princípios que estabeleceu.

A manutenção do núcleo do nosso direito coletivo do trabalho — que abrange a organização sindical e os postulados corporativistas vigentes que são a unicidade sindical, o sindicalismo por categorias, o efeito *erga omnes* das cláusulas das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, a sua aplicação automática a sócios e não sócios do sindicato — é decorrência do nosso modelo constitucional.

Se nas relações sindicais as omissões da lei são como a ausência de leis sobre conduta antissindical, não melhores são as suas possibilidades quanto às relações individuais de trabalho.

O âmbito no qual a legislação pode avançar é exatamente o das relações individuais de trabalho, respeitadas as disposições da Constituição Federal de 1988.

O avanço é absolutamente necessário porque a CLT é de 1943 e sua finalidade foi reger as relações do operariado nas fábricas da sociedade industrial que Getúlio Vargas instituiu.

O que ocorre no período contemporâneo do direito do trabalho?

Suas bases estão solidamente edificadas, mas, em alguns pontos, sofrem a pressão dos fatos.

A dogmática não se mostrou capaz de absorver o que está a ela subjacente, e a falta de modificação das leis contribui para retardar o desenvolvimento econômico do País, dificultar a abertura de empregos, além de incentivar conflitos jurídicos que em número elevado sobre-

carregam a Justiça do Trabalho mais do que em qualquer outro país do mundo.

São três os modelos de direito do trabalho e se distinguem pelo tipo de norma jurídica preponderante: o modelo legislado, no qual a lei ocupa quase todo o espaço do ordenamento jurídico — e é o caso do Brasil; o modelo negociado, em que a autonomia negocial tem importância considerável — é o anglo-saxônico; e o modelo misto, que procura compatibilizar lei e convênios coletivos — é o europeu.

A tendência atual é para uma aproximação entre os modelos.

Cogita-se de nova metodologia expositiva ao analisar o direito do trabalho sob as perspectivas dos *ordenamentos jurídicos, das normas jurídicas*, da nova classificação e ideias atuais dos contratos de trabalho para, finalmente, com suporte no princípio da realidade, avançar na explicação do que denomina *direito das condições de trabalho* como meio da reconstrução da nossa disciplina.

O direito do trabalho contemporâneo, como mostrei em *Direito contemporâneo do trabalho*, 2010, inicia-se com as transformações ocorridas no mundo das relações de trabalho por volta de 1970 com a crise do petróleo — que não seria a única — e os seus reflexos na economia mundial, que por sua vez afetou as empresas e com isso também as relações de trabalho, como sempre acontece quando há uma desestabilização da economia.

Outra causa é a transformação dos critérios de organização e métodos de produção das empresas. Estas criaram grupos internacionais que atuam em diversos países, e a mão de obra é localizada onde há menores custos trabalhistas.

A redução dos níveis de proteção ao trabalhador passou a ser admitida por uma corrente, que vê nisso uma forma de diminuir o desemprego a partir da premissa de que os empregadores estariam mais dispostos a admitir trabalhadores caso não tivessem de responder por altos encargos trabalhistas ou não encontrassem dificuldades para a descontratação. Para esse fim, estimulam maior espontaneidade das forças de mercado para ajuste direto entre os seus interesses.

As principais características do direito contemporâneo do trabalho podem ser assim resumidas: 1) A economia mundial entra em recessão, a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) triplica o

preço do barril por motivos de política internacional e o mundo passa por certo declínio. 2) Os empregos diminuíram, cresceram outras formas de trabalho sem vínculo de emprego, as empresas passaram a produzir mais com pouca mão de obra, a informática e a robótica trouxeram produtividade crescente e trabalho decrescente. 3) A legislação é flexibilizada. 4) Surgem novas formas de contratação. 5) Apesar da desaceleração da economia, as mulheres ingressam em larga escala no mercado de trabalho. 6) As jornadas de trabalho e os salários foram reduzidos como alternativa para as dispensas em massa. 7) Elevaram-se os níveis de terceirização. 8) Países da Europa que se uniram criaram a União Europeia e um nível expressivo de normas jurídicas trabalhistas. 9) Ampliaram-se os tipos de contratos individuais de trabalho em sua forma. 10) Tanto a descentralização da produção como a possibilidade de produzir no exterior, e não apenas internamente, e o aumento do desemprego reduziram a capacidade de negociação coletiva dos sindicatos de trabalhadores diante da pulverização das suas unidades de produção. 11) Reconstruiu-se o conceito de subordinação com a discussão sobre a parassubordinação, especialmente na teoria italiana. 12) A China promulga a primeira lei trabalhista e em seguida a segunda, a *Lei do contrato de trabalho do Povo da República da China*, aprovada em 2007 e em vigor em 2008. 13) Além das suas funções tradicionais, a negociação coletiva passou a ter também a finalidade de administrar crises das empresas nas dispensas coletivas.

Diante desse quadro, o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico para modificar alguns institutos, e a principal meta dos sindicatos passa a ser a defesa do emprego e não mais a ampliação de direitos trabalhistas. Cresceu o apoio político das esquerdas ao modelo conhecido como *Estado do Bem-Estar Social* (*Welfare State*) na mesma medida em que se questiona o Estado neoliberal especialmente depois da crise de 2009 e a política de investimentos para o setor imobiliário dos Estados Unidos que mostrou a fragilidade do sistema financeiro.

No Brasil os efeitos não foram tão fortes. Mas existiram. Ocorreram dispensas coletivas em grandes empresas. A legislação traba-

lhista já se vinha adequando aos novos tempos. Assim, três marcos imprimiram novo quadro em nosso país: as crises econômicas, a redução de custos como meio de enfrentamento da competição empresarial e o avanço tecnológico, que permite maior produção com menor número de empregados.

6. Nossa definição de direito do trabalho

Entre o nome da disciplina jurídica e o seu objeto deve haver uma correlação real, o que nem sempre aconteceu com o direito do trabalho. A definição de direito do trabalho pressupõe uma tomada de posição, sobre a qual pode não haver unanimidade, a respeito de diversos aspectos propedêuticos da questão, de modo que cada doutrinador pode, em função das suas conclusões, divergir de outro porque tem uma visão diferente a respeito dessas premissas, embora alguns pontos mereçam a concordância praticamente geral.

É importante distinguir, inicialmente, se o que se define é direito do trabalho no sentido subjetivo ou objetivo porque, apesar da correlação entre ambos, referem-se a significados diferentes.

Como o que se pretende aqui, por coerência dogmática, é, apenas, a definição de direito do trabalho no sentido objetivo, o ponto de partida é a norma jurídica trabalhista e as instituições jurídico-trabalhistas.

Desse modo, direito do trabalho no sentido objetivo é *norma,* pois todo ramo do direito é um conjunto de normas, embora não se limite apenas a isso. A diferença entre direito do trabalho e outros ramos do direito pelo objeto parte da verificação dos tipos de normas e de relações jurídicas que o integram, tanto no plano individual, do contrato de trabalho, como no coletivo, do direito sindical.

As relações jurídicas que se desenvolvem no direito do trabalho evidentemente não se identificam, embora possam, em um ou outro caso, aproximar-se das que existem nos demais ramos do direito. Tanto no direito do trabalho como em alguns ramos do direito civil ou comercial existem relações jurídicas que têm por objeto o trabalho profissional.

O trabalho profissional é o centro das relações jurídicas não só da construção do contrato de trabalho como também do direito coletivo.

Este tem função primordialmente instrumental daquele. Existe para dar maior proteção ao trabalho profissional, organizando-o de modo associativo.

E o que se nota é que, diferentemente do direito civil, que tem por objeto reger as relações da pessoa em sua vida civil, do direito comercial, que leva em conta o comerciante ou empresário, do direito penal, que trata das infrações penais e assim por diante, o direito do trabalho reúne normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho profissional.

Vem, a seguir, a avaliação do tipo de trabalho objeto das suas normas, sabendo-se que no processo produtivo há diferentes formas de atividade profissional.

Nesse ponto prevalece, como tipo de trabalho profissional protegido, o *trabalho subordinado.* Porém, não é unânime esse entendimento.

Há concepções ampliativas que incluem, no âmbito do direito do trabalho, todo tipo de trabalho economicamente dependente prestado por um *hipossuficiente,* interpretação que abre um horizonte mais amplo. Pode envolver o trabalho autônomo hipossuficiente, como o do ambulante que monta a sua barraca de venda de produtos de baixo valor em ruas da cidade, de modo informal.

Apesar das importantes razões econômicas que levam à conveniência da proteção social a todo trabalho, ainda é difícil, mas não é impossível, no Brasil, a construção de um conjunto de normas transcendentes do trabalho subordinado, embora a Espanha, em 2007, já o tenha feito com o Estatuto do Trabalho Autônomo. Mas não há dúvida quanto à integração, na rede de proteção do direito do trabalho, do trabalho subordinado, que tipifica a relação de emprego, mas outras também.

O trabalho do avulso, o eventual, o temporário e o intermitente são subordinados, como igualmente o é, conforme o modo de sua prestação, o trabalho do cooperado dependendo do grau de direção diretamente exercido sobre ele pelo tomador dos serviços.

As mesmas razões que levam o direito do trabalho a tutelar o empregado militam a favor desses outros trabalhadores. Estar-se-á, aqui, no terreno da escolha, da opção da política legislativa adequada,

dos imperativos sociais emergentes da realidade do processo produtivo, para a definição dos *sujeitos das relações jurídicas*. É o que leva a doutrina a não ser unânime. É restritiva, para alguns — o empregado, urbano, rural ou doméstico, o dependente ou subordinado. É ampliativa para outros.

Acrescente-se que o critério da subordinação não é seguido pela doutrina espanhola, que, em vez de adotar a classificação *trabalho subordinado autônomo*, prefere *trabalho por conta alheia/por conta própria.* A teoria italiana da subordinação em sua formulação mais recente a desdobra. É tema em todos os livros italianos modernos o estudo de uma categoria intermediária entre o subordinado e o autônomo, o *parassubordinado.*

Essa questão transporta o estudo para uma diversidade grande de situações a que não escapam outros desdobramentos de tipos de atividade que vão desde a discussão sobre o trabalho com objeto ilícito — a respeito do qual há alguns pontos discordantes entre doutrinadores —, o trabalho religioso, o desportivo, o penitenciário e a função pública, não havendo dúvida de que esses tipos de trabalhos de profissionais são atraídos para o âmbito do *direito do trabalho* quando se inferir que são exercitados sob a forma de emprego, salvo a atividade criminosa.

Finalmente, o estudo do *conceito de trabalho* — e não do *direito do trabalho* — é tema de filosofia do trabalho, e não do direito do trabalho, cujas raízes primeiras estão na Antiguidade e na Idade Média desenvolvendo-se com as ideias de valorização do trabalho como manifestação da cultura e, mais recentemente, nos preceitos constitucionais modernos — do trabalho como direito, como dever, como direito-dever, ou, ainda, como valor fundante das sociedades políticas.

Postas essas questões, e tendo em vista as transformações ocorridas na tipologia contratual do direito do trabalho em diversos países, a incorporação aos seus parâmetros de novas figuras como o trabalho continuativo e de colaboração não subordinado do direito italiano, a lei do trabalhador autônomo da Espanha, o avanço de formas flexíveis de atividades e o alargamento das fronteiras do direito individual do trabalho, é possível formular a definição de direito do trabalho de modo mais amplo que as usuais.

É possível definir direito do trabalho como *o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho por elas indicadas, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à sua proteção, em sua estrutura e atividade.*

§ 17. Direito do trabalho e outras ciências

Sumário: 1. Direito do trabalho e economia: o econômico e o social. 2. Direito do trabalho e sociologia: os fenômenos sociais e as normas. 3. Direito do trabalho e medicina do trabalho: a saúde do trabalhador. 4. Direito do trabalho e filosofia do trabalho: o conceito de trabalho. 5. Direito do trabalho e psicologia do trabalho: os fenômenos internos da pessoa que trabalha.

1. Direito do trabalho e economia: o econômico e o social

Economia é a ciência que tem por objetivo o conhecimento dos fenômenos relativos à distribuição de riquezas, bem como à sua produção e ao seu consumo, conceito que, embora seja apenas um de uma série que pode ser longa, reflete os elementos básicos sobre os quais os economistas estão de acordo. Assim, a economia compreende a ação voltada para a produção e o consumo, reunindo as regras consideradas fundamentais para a normalidade desse procedimento indispensável à vida dos grupos sociais e de cada pessoa que os integra.

Não são poucos os estudos sobre as relações entre o direito e a economia, intensificados em torno de posições divergentes. Para o materialismo marxista, o direito é uma superestrutura de caráter ideológico condicionada pela infraestrutura econômica, de modo que esta atua sobre aquela, moldando-a; daí a teoria segundo a qual as alterações que ocorrem no plano material refletem-se sobre as normas jurídicas que não passariam de mero apêndice da economia. São contestadas essas afirmações, quer porque pressupõem a anterioridade da economia ao direito, quer porque as normas jurídicas atuam sobre a estrutura

econômica, ordenando-a, como salientam pensadores, entre os quais Stammler, para quem o conteúdo dos atos humanos é econômico mas a forma é jurídica.

Transposta a discussão para o âmbito do direito do trabalho, a mesma controvérsia pode surgir, e a posição que nos parece melhor é a daqueles que reconhecem que economia e direito implicam-se de tal modo que tanto os fatos econômicos podem influir no direito do trabalho, e a demonstração está na própria história do direito do trabalho a partir da Revolução Industrial do século XVIII, como o direito do trabalho influencia a ação destinada à produção de bens e distribuição de riquezas, bastando exemplificar com as leis trabalhistas sobre salários, participação do trabalhador nos lucros da empresa etc. Logo, o direito do trabalho não é uma decorrência da economia. Interam-se ambos. Mas os reflexos dos fatos econômicos são diretos nas relações de trabalho, especialmente em épocas de crises do sistema econômico.

Desenvolveu-se recentemente um ramo da ciência jurídica denominado direito econômico, definido por Geraldo de Camargo Vidigal[1], em sentido amplo, como "o conjunto das instituições e preceitos jurídicos que ordenam já a direção das atividades econômicas pelo Estado, já a intervenção estatal na economia, já o relacionamento entre os agentes dos mercados, quando se marca por um clima de dominação". O direito econômico, segundo Orlando Gomes e Antunes Varela[2], é matéria pluridisciplinar, analisando dogmaticamente as novas instituições jurídicas no campo das relações de direito privado.

O direito do trabalho não é ramo do direito econômico, da mesma maneira que o direito civil. O estudo da propriedade privada pertence ao direito civil e ao direito econômico. Do mesmo modo, diversos institutos são comuns ao direito do trabalho e ao direito econômico. Diferentes são os ângulos de apreciação. O direito do trabalho dispensa proteção jurídica ao trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico. O direito econômico estuda em primeiro lugar exatamente esse processo, no qual se encontra o trabalhador. Nota-se, portanto, que não coincidem os fins das duas disciplinas.

---

1. *Teoria geral do direito econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 44.
2. *Direito econômico,* São Paulo, Saraiva, 1977, p. 6.

Há uma próxima relação entre economia, salários e empregos. As políticas econômicas postas em prática pelo Governo influem na vida do trabalhador, tanto no sentido de contribuir para a melhoria da sua condição social como, ao contrário, para submetê-lo a restrições que afetam o seu dia a dia. Assim, do mesmo modo que uma política econômica recessiva limita o poder de compra dos salários e aumenta o desemprego pela diminuição da atividade econômica da empresa, uma política estritamente monetarista pode evitar a corrosão dos salários pela inflação.

Da mesma forma que uma política de câmbio flutuante pode favorecer setores econômicos de exportação e com isso beneficiar aqueles que neles têm seus empregos e desfavorecer setores de importação, afetando os empregos que neles existem; assim como uma política de desenvolvimento econômico que permita às empresas vender e prestar mais serviços cria condições para reduzir o desemprego e aumentar as vagas de trabalho.

A fria lógica utilitarista econômica de praticidade, por alguns considerada insensível para com os problemas sociais, ganha novas interpretações, entre as quais a de Amartya Sen, prêmio Nobel de economia (*v*. *Sobre ética e economia,* trad., 1999*)*, destinadas a mostrar que as questões econômicas são, também, de moralidade e justiça, sendo possível a reflexão econômica caminhar em conjunto com os princípios da ética para a realização do bem humano, daí afirmar o consagrado professor indiano que "o empobrecimento da economia relacionado a seu distanciamento da ética afeta tanto a economia do bem-estar (restringindo seu alcance e relevância) como a economia preditiva (enfraquecendo seus alicerces nas suposições de comportamento)".

É central, no seu pensamento, a ideia do contato mais próximo entre ética e economia, que pode ser benéfico não apenas para a economia mas até mesmo para a ética. Todavia, não é possível ignorar observações como as de Jean-Michel Servais (*v. LTr*, 68-06/674) ao dizer que "no atual debate sobre o futuro do trabalho torna-se cada vez mais claro que as políticas sociais e as instituições que são seus instrumentos devem adaptar-se a mercados mais abertos, mais competitivos, a uma organização da produção e dos serviços cada vez mais complexos, mais segmentados e remodelados pelas novas técnicas.

Quem, por exemplo, pode colocar em dúvida a necessidade de ajustar as regras de direito (do trabalho) às novas formas de fabricação e de transformação dos bens materiais e de prestação de bens imateriais à nova economia, compreendida em um sentido amplo? A questão não é de saber se, mas como".

2. Direito do trabalho e sociologia: os fenômenos sociais e as normas

Sociologia é a ciência dos fatos sociais, termo atribuído a Comte para indicar a "ciência de observações dos fenômenos sociais", isto é, toda espécie de análise dos fatos que ocorrem na sociedade, os grupos de que é constituída, as instituições nela encontradas, na tentativa de levantamento das leis que disciplinam o seu comportamento. Assim, cabe à sociologia a investigação das estruturas do fato social, valendo-se de técnicas diversas, como a pesquisa, a estatística, os trabalhos de campo etc.

Quando voltados esses estudos para o direito em geral, estar-se-á diante da sociologia jurídica, que Ramón Soriano — para quem o direito é provavelmente o instrumento mais importante de controle social —, em *Sociologia del derecho* (1997), define por meio da interconexão dos dois termos da sua nomenclatura: a sociologia jurídica ocupa-se da influência dos fatores sociais no direito e da incidência que este tem, por sua vez, na sociedade. Há, portanto, mútua dependência entre o jurídico e o social. Se dirigidos para a sociedade empresarial, os grupos trabalhistas e econômicos e suas relações, o âmbito será o da sociologia do trabalho.

Na sociologia do trabalho, como na sociologia jurídica, estudam-se os fatos que influenciam na formação do direito, portanto parte-se desses fatos para a norma; quando na ciência do direito o movimento é contrário, parte-se da norma para os fatos, sem prejuízo de uma concepção integrativa de implicações recíprocas.

Diferem a sociologia e o direito do trabalho porque aquela não tem por escopo a interpretação da norma jurídica. Pode analisá-la. Como salienta Miguel Reale[3], "a sociologia jurídica não visa à norma

3. *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 20.

jurídica como tal, mas sim à sua eficácia ou efetividade, no plano do fato social".

Desenvolve-se hoje um ramo da sociologia denominado sociologia do trabalho.

Durkheim já escrevera *De la division du travail social*. Há obras gerais, como *Traité de sociologie du travail*, de Georges Friedmann e Pierre Naville[4], e *The sociology of work*, de Caplow[5], e há obras específicas, como *Où va le travail humain?*, de Georges Friedmann (1963). Os estudos particularizam-se, de modo que há a *sociologia do sindicato*, a *sociologia da empresa*, a *sociologia do lazer* etc.

Um dos importantes temas analisados, de amplitude que excede o âmbito trabalhista mas a ele diretamente aplicado, é a *sociologia dos conflitos*, confrontando-se duas concepções, a primeira de Redfield, que insiste no caráter integrado dos conjuntos sociais, a segunda de Lewis, ressaltando os numerosos conflitos que agitam a sociedade provocando mudanças nas suas estruturas; portanto, de um lado a *escola sociológica integrativa*, de outro lado a *escola sociológica dos conflitos*[6], tema aplicável aos conflitos trabalhistas.

Clássica no Brasil é a obra de Joaquim Pimenta, *Sociologia jurídica do trabalho* (1944), uma série de estudos compendiados pelo autor, mostrando a evolução do direito do trabalho no Brasil.

3. Direito do trabalho e medicina do trabalho: a saúde do trabalhador

A medicina do trabalho estuda os meios preventivos e reparatórios da saúde do trabalhador, sendo considerado seu iniciador Bernardino Ramazzini, na Itália, em 1633, a quem se devem os aforismos "mais vale prevenir do que remediar" e "todo trabalho torna-se perigoso se praticado em excesso".

Ocupa-se das medidas de proteção à vida, saúde e integridade física do homem que trabalha, daí resultando as normas jurídicas de

4. *Traité de sociologie du travail*, 2. ed., Paris, Libr. Armand Colin, 1964.

5. *The sociology of work*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1954.

6. Guy Rocher, *Sociologia geral*, Lisboa, Ed. Presença, 1971, v. 4, p. 237.

segurança e medicina do trabalho, acidentes do trabalho e doenças profissionais, limitação aos excessos de trabalho, reabilitação profissional e bem-estar físico e mental do trabalhador[7]. Relaciona-se com os direitos fundamentais do trabalhador na medida em que contribui para a preservação do meio ambiente do trabalho e a necessária proteção de quem trabalha, exposto que está aos riscos naturais gerados pelo exercício da profissão, em especial em determinados setores do processo produtivo, nos quais a exposição aos riscos é maior.

Não é outra a razão pela qual o direito do trabalho, valendo-se dos ensinamentos da medicina do trabalho, dispõe de normas jurídicas com a finalidade de evitar as ocorrências lesivas da máquina no empregado, a começar dos preceitos constitucionais destinados a reduzir os riscos inerentes ao trabalho por meio de *normas de saúde, higiene e segurança* (CF, art. 7º, XXII), *proteção em face da automação* (CF, art. 7º, XXVII), *defesa do meio ambiente* (CF, art. 170, VI), *seguridade social* (CF, art. 194), *saúde como direito de todos e dever do Estado* (CF, art. 196), *relevância pública das ações e dos serviços de saúde* (CF, art. 197), conjunto de diretrizes constitucionais que fundamentam a elaboração de normas do direito do trabalho destinadas à consecução dos seus objetivos, para cujo fim a medicina do trabalho é um setor do conhecimento indispensável.

4. Direito do trabalho e filosofia do trabalho: o conceito de trabalho

O conceito filosófico de trabalho é abrangente dos demais e sofre a influência da atitude em que se põe o pensador diante do problema do universo e do homem.

Na *Antiguidade* e na *Idade Média*, o espírito, entendido como mera contemplação, leva a um conceito negativo de trabalho. "O trabalho é a retribuição da dor mediante a qual os deuses nos vendem os bens", diz Xenofonte. Para o pensamento clássico grego, o trabalho é tido como um castigo dos deuses. É algo que avilta o homem e deve ser evitado.

---

7. *V.* Sebastião Geraldo de Oliveira, *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, São Paulo, LTr, 1996.

O mesmo sentido negativo de trabalho é o de Aristóteles. Sustenta que a "escravidão de uns é necessária para que outros possam ser virtuosos". Em outras palavras, o homem deve ser livre para se dedicar à própria perfeição. O trabalho o impede de consegui-lo. Só a vida contemplativa e não a vida ativa leva o homem à dignidade. Também Platão desdenha o trabalho. Diz: "os trabalhadores da terra e os outros operários conhecem só as coisas do corpo; se, pois, sabedoria implica conhecimento de si mesmo, nenhum destes é sábio em função da sua arte". Como se vê, a ociosidade era o valor, e o trabalho, o desvalor. Os sofistas, no entanto, tomam posição diferente. Para Pródico, "nada do que é bom e belo concederam os deuses ao homem sem esforço e sem estudo; se queres que a terra te produza frutos abundantes, deves cultivá-la".

O *Renascimento* contribuiu para o desenvolvimento do conceito de trabalho, concebendo o homem como atividade. "São nossas, diz Gianozzo, as coisas humanas, porque feitas pelo homem; todas as coisas que vemos, as casas, os castelos, as cidades, os edifícios sem conta disseminados sobre a superfície da terra." O Renascimento dá uma nova colocação ao problema do trabalho. A consciência do trabalho como um valor.

O *valor trabalho* passa a ser, daí por diante, o fundamento de todas as concepções. Várias foram as contribuições que se seguiram, todas no mesmo sentido da valorização do trabalho. Smith, aprofundando conceitos de Locke, concebe a riqueza como resultante do trabalho. Palmieri faz consistir a riqueza das nações na soma dos trabalhos nelas executados. Giambatista Vicco põe o trabalho como conhecimento e realização da cultura, dos produtos históricos e morais do homem. Em Hegel, o espírito, como atividade e objetivação, faz do trabalho o próprio meio de o homem encontrar-se.

Também os teólogos influíram na modificação do conceito de trabalho.

A *concepção teológica de trabalho* toma como ponto de partida a verdade da criação. Deus criou um mundo inacabado para que o homem o contemple e domine, o que pressupõe uma atividade colaboradora de Deus e uma ação do ser humano, feito à sua imagem e semelhança. O homem, criado como um ser dotado de matéria e espí-

rito, tem a matéria regida pelas leis que disciplinam as demais coisas materiais no mundo. Como ser espiritual, participa, com sua inteligência, seu livre-arbítrio, sua atividade criadora, do mundo. No entanto, o homem, rebelando-se contra Deus, sofreu um castigo, e a partir desse momento o trabalho, como as demais ações humanas, traz consigo a marca da pena, da dor e do esforço, daí por que "do suor do teu rosto comerás o teu pão" e "com dor parirás o teu filho". A queda do homem foi redimida por Cristo, filho de Deus, que libera o homem do pecado original na medida em que se unir a Deus. Assim, a partir de Cristo, o trabalho humano adquire novo sentido e valor, participando da obra de construção do mundo e significando a integração do homem na redenção. Mediante o trabalho, o homem modela o mundo à imagem e semelhança de Deus, sustentam os teólogos. Trabalho é, portanto, tudo o que concorre para criar o bem comum.

A *concepção materialista de trabalho* encontra raízes no pensamento de Feuerbach e na doutrina de Marx. Parte do fundamento do homem como simples matéria determinante do próprio ser envolvido num processo histórico de contradições dos meios sociais de produção, nas quais se realiza, concentrando a sua atualização no ato do trabalho. No processo de trabalho, os homens transformam os objetos da natureza para satisfazer suas necessidades. Os meios de trabalho mais importantes são os instrumentos de produção com os quais os homens atuam e transformam os objetos. O desenvolvimento da produção e o progresso técnico resultam do trabalho do homem. Os objetos produzidos contêm a objetivação do próprio homem que os faz. Assim, o homem, pelo trabalho, insere-se na própria coisa produzida e que é espoliada pelo capitalismo, daí a necessidade do resgate por meio da socialização da propriedade.

Como conclusão das diversas concepções acima expostas, *o trabalho é, qualquer que seja a cosmovisão do intérprete, uma mediação entre o homem e a natureza*. Mediante o trabalho o homem acrescenta à natureza, transformando-a das condições brutas em que se achava no início da história. Esse processo de modificação da natureza compreende várias etapas que correspondem às grandes revoluções tecnológicas. A primeira consistiu na utilização do fogo e dos utensílios. A segunda, no cultivo das plantas. A terceira é industrial, com o aparecimento da força a vapor, a racionalização do trabalho e a automação.

O homem, nesse processo, virtualiza-se, atualizando as suas potencialidades, o que supõe um mundo criativo. O homem está entre duas realidades, a ideal e a material, interligando-as pelo trabalho, que, assim, é o meio pelo qual o ser humano se incorpora à natureza. Trabalho é, em conclusão, vida.

Outro aspecto importante do tema, mais precisamente das relações entre direito do trabalho e filosofia do direito, é *o conceito de justiça*.

A filosofia jurídica *idealista* ou *jusnaturalismo* de Giorgio del Vecchio contribuiu para a restauração do direito natural ao colocar em discussão a questão do conceito universal do jurídico na base da filosofia do direito. Inspirou-se no renascimento idealista alemão, sobretudo em suas tendências neocríticas, e logrou construir um pensamento original.

A ideia de justiça, segundo Del Vecchio, contém os seguintes elementos: a *alteridade ou bilateralidade,* compreendida como a simultânea consideração de vários sujeitos, postos igualmente sobre o mesmo plano, ou representados um em função do outro; a *reciprocidade,* entendida como a correlação incindível pela qual a afirmação de uma personalidade é ao mesmo tempo uma limitação sobre a personalidade de outra, necessariamente afirmada no mesmo ato, exigência de uma parte coordenar-se com o dever da outra, não podendo nenhum desses termos subsistir por si porque cada um vale reciprocamente como complemento do outro e deriva deste o seu próprio sentido; em outras palavras, um sujeito não pode obrar de certo modo em relação aos outros sem que reconheça como legítima ou justa, nas mesmas circunstâncias, uma ação igual dos outros diante dele. Portanto, nesse sentido, justiça é uma relação entre dois sujeitos de tal forma que o dever de um deve correlacionar-se com o do outro.

5. Direito do trabalho e psicologia do trabalho: os fenômenos internos da pessoa que trabalha

Psicologia do trabalho, tema a que se dedicou Arnulfo Russel em *Psicología del trabajo* (1963), é o ramo da psicologia que se ocupa do estudo das técnicas para a adaptação do trabalhador, como criatura humana, à atividade que exerce. Seus primórdios vêm do século XVIII

e seu objeto consiste no estudo dos problemas psíquicos da pessoa humana como trabalhador. A ação dos psicólogos nas fábricas dos Estados Unidos contribuiu para o seu desenvolvimento, de modo que hoje há estudos sistemáticos de psicologia do trabalho industrial, como atesta o livro com o mesmo nome, de Léon Walther.

Os fatos de consciência ou fenômenos internos são estudados pela psicologia do trabalho em sua conexão funcional com os fenômenos externos do meio físico em que o trabalho é prestado e nas relações do trabalhador com as demais pessoas que se inserem no mesmo processo, e o seu principal instrumento de indagação é a introspecção mediante técnicas indutivas que abrangem a psicanálise mas que podem começar com as seleções para a admissão no emprego com os testes psicológicos.

A atitude do homem perante o trabalho, a sua motivação, sua satisfação ou insatisfação, sua disposição são fatores que influem no seu rendimento, no seu sucesso na carreira e, também, de modo negativo, podem predispô-lo a algumas doenças cuja causa é não apenas objetiva, mas tem um fundo psicológico que, se não as determina, concorre para que se agravem, levando as empresas a dispensar uma atenção maior para as reações emocionais dos seus empregados, para a prática de exercícios destinados à sua descontração física e mental e para o induzimento a fim de que o seu entusiasmo não pereça.

§ 18. Direito do trabalho e outros ramos do direito

Sumário: 1. Relações com o direito internacional: as instituições internacionais e o trabalhador nacional e estrangeiro. 2. Relações com o direito constitucional: subordinação do direito do trabalho à Constituição. 3. Relações com o direito administrativo: a Administração Pública do Trabalho. 4. Relações com o direito processual: a aplicação e a interpretação do direito do trabalho. 5. Relações com o direito civil: da locação de serviços para os contratos de trabalho. 6. Relações com o direito empresarial: a atividade econômica organizada. 7. Relações com o direito fiscal: o exercício do poder tributário do Estado. 8. Relações com o direito penal: direito penal do trabalho.

1. Relações com o direito internacional: as instituições internacionais e o trabalhador nacional e estrangeiro

O direito internacional público destina-se a regular os diversos ordenamentos jurídicos nacionais nas relações entre si. Mais precisamente, as relações entre os países considerados sujeitos de uma comunidade internacional. Assim, no direito do trabalho, um dos seus setores destina-se à regulamentação internacional do trabalho e às relações estatais voltadas para esse objetivo. São precursores do direito internacional do trabalho Owen (1818) e Le Grand (1845), seguindo-se, historicamente, uma ação sindical internacional das mais expressivas e que resultou na constituição de várias entidades de defesa do trabalhador na esfera internacional, das quais restou como a mais impor-

tante a Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes, em 1919.

Tanto a elaboração normativa da OIT, mediante convenções internacionais do trabalho, quanto as Declarações Internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Social Europeia, a Carta Interamericana de Direitos Sociais etc., constituem o objeto de uma abertura internacional do direito do trabalho.

Uma bibliografia qualificada mostra a evolução desse ramo do direito. (São conhecidas as obras de Mahaim, *Le droit international ouvrier*, Paris, 1913; Paul Pic, *La protection légale des travailleurs et le droit international ouvrier*, Paris, 1908; Boilley, *La législation internationale du travail*, Paris, 1892; Consentini, *Código Internacional do Trabalho*, 1939; Nicolas Valticos, *Derecho internacional del trabajo*, 1977, publicada originariamente em francês; Süssekind, *Direito internacional do trabalho*, 2. ed., 1987; Massimo Roccella, Giuseppe Civale e Daniela Izzi, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1995; Geraldo W. von Potobsky e Hector G. Bartolomei de la Cruz, *La organización internacional del trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1990; *Instituto de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Relasur, *El derecho laboral del Mercosur*, Montevideo, FCU-OIT, 1994; Francisco Perez de los Cobos Orihuel, *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994; Gérard e Antoine Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 8. ed., Paris, Dalloz, 1993; Gérard Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, Paris, Liaisons, 1991.)

As regras do direito têm vigência no espaço geográfico do Estado que as elabora, mas as relações de trabalho podem ser exercidas no território de mais de um Estado. Qual será a lei trabalhista aplicável a um empregado espanhol, que trabalha em Madri para uma empresa espanhola que adquiriu uma empresa brasileira sediada em São Paulo para onde é transferido?

As regras aplicáveis são determinadas pelo direito internacional, que é, portanto, o ramo do direito que estabelece, entre diversas normas de Estados diferentes, qual é a aplicável a uma relação jurídica, sendo,

portanto, um direito de solução dos conflitos de normas de mais de um Estado. Esse conflito não será entre Estados como tal, pois a questão, nesse caso, seria pertinente à esfera do direito internacional público. Será uma questão entre particulares.

O tema, da maior importância nas relações de trabalho que se desenvolvem em mais de um país, quer porque a contratação do empregado se dá em um país para a execução do trabalho em outro ou outros — caso dos chamados *expatriados* —, quer porque o empregado é transferido para trabalhar, durante um período, em outro país, é examinado no estudo do conflito de normas no espaço.

Trata-se, como se vê, de um problema de definição da lei trabalhista que deverá reger um contrato individual de trabalho em razão da nacionalidade do empregado ou da empresa, dos contratos de trabalho internacionais ou das empresas multinacionais nos casos em que as diretrizes estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos de cada país não coincidirem.

2. Relações com o direito constitucional: subordinação do direito do trabalho à Constituição

O conceito central do direito constitucional é o de Constituição e de movimentos constitucionalistas. Assim, são muito próximas as relações entre o direito do trabalho e o direito constitucional, especialmente quanto à constitucionalização do direito do trabalho e à implicação recíproca de um em outro. Como a Constituição comanda o sistema jurídico, o direito do trabalho está subordinado aos seus imperativos, que não podem ser afastados pela autonomia coletiva e individual, a não ser quando a própria Constituição o faculte.

O fenômeno da constitucionalização do direito do trabalho, isto é, da sua inserção nos quadros constitucionais, está comprovado pela simples enumeração de algumas das muitas Constituições que tratam da matéria jurídica trabalhista: Constituição do México (1917), Rússia (1918), Alemanha (1919), Iugoslávia (1921), Chile (1925), Áustria (1925), Espanha (1931), Peru (1933), Uruguai (1934), Bolívia (1938), Portugal (1975) etc. As Constituições brasileiras, a partir de 1934, passaram a dar um espaço para temas sobre a ordem econômica e

social incluindo o direito do trabalho. A Constituição de 1988 optou por incluir o direito do trabalho entre os direitos sociais como subdivisão das garantias e direitos fundamentais.

O estudo do direito constitucional do trabalho é prestigiado por obras de conceituados autores (Svolos, em *Le travail dans les Constitutions contemporaines*, Paris, 1939; Gurvitch, em *The Bill of Social Rights*, New York, 1946; Pierre Lavigne, *Le travail dans les Constitutions françaises*, 1789-1945, Paris; Oscar Saraiva, A proteção do trabalhador na Constituição de 1946, *Revista Legislação Social*, 1949; Geraldo Bezerra de Menezes, *O direito do trabalho na Constituição brasileira de 1946*, 1956; Carlo Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milão, 1958; Trueba Urbina, *La primera Constitución político-social del mundo,* México, 1971; Floriano Corrêa Vaz da Silva, *Direito constitucional do trabalho*, São Paulo, 1977; Chiarelli, *Trabalho na Constituição*, 1989; Saad, *Constituição e direito do trabalho*, 1989; Arnaldo Süssekind, *Direito constitucional do trabalho*, 1999, e outros).

A ciência política atua e influi na elaboração do direito do trabalho.

Pode-se, mesmo, dizer que conforme a estrutura política vigente será o direito positivo do trabalho, como no liberalismo, no corporativismo, no socialismo etc. De outro lado, o problema do trabalho, também chamado de questão social, atua sobre as estruturas constitucionais, o que pode ser facilmente demonstrado pela verificação de que hoje o Estado intervencionista é o fruto direto das necessidades de solução dos problemas do trabalho. Foi exatamente a questão social que levou o Estado a descruzar os braços na cômoda posição de mero espectador em que se achava após a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, para tornar-se um participante ativo do curso da história.

Assim, se os rumos da ciência política nos levam atualmente para o neoliberalismo, tal se dá em face do problema trabalhista, causa eficiente dessa alteração fundamental. Portanto, há um fluxo e refluxo entre o direito trabalhista e o direito constitucional.

Não foi curta a linha de valorização do trabalho até atingir o nível constitucional, a partir da concepção depreciativa da Antiguidade grega e romana, período em que o trabalho foi considerado um desvalor, visto como castigo dos deuses ou punição imposta ao homem, contras-

tando com a sua consagração como fundamento da organização política da sociedade, como na Constituição da Itália (1948, art. 1º): "A Itália é uma República Democrática fundada no trabalho".

O trabalho passou por várias avaliações nos diferentes sistemas constitucionais, como a do *liberalismo*, que não o protegeu, a da *ditadura do proletariado*, que o considerou um valor único e absoluto na organização política da sociedade, a do *corporativismo*, que o organizou proibindo a luta de classes, e a do *neoliberalismo*, contrário aos excessos do liberalismo da Revolução Francesa de 1789 e em cujo período surgiram as primeiras leis trabalhistas, a liberdade sindical e o direito de greve.

Cabe fazer uma observação. A análise dos modelos constitucionais mostra que são três as ordens de valorações que se desenvolvem no plano das Constituições: a do *trabalho*, a dos *direitos sociais* e a dos *direitos trabalhistas*. Não se confundem, conquanto apresentem relações pela proximidade em que se situam, daí por que há disposições constitucionais sobre uma, algumas ou essas três importantes ordens constitucionais. O *trabalho*, no nível constitucional, é um *direito*, um *dever* ou um *direito-dever*, situando-se as declarações constitucionais nessas diretrizes programáticas, que se condicionam a diversos fatores, entre os quais o tipo de concepção política em que se funda determinada ordem constitucional. (O trabalho é um "honroso dever de todos os cidadãos aptos a fazê-lo", dispõe a Constituição da China — 1982, art. 42. É um direito-dever, proclama a da Espanha — 1978, art. 35 —, ao dizer que "todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão e ofício, à promoção por meio do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família". Diretriz semelhante é a da Constituição do Japão — 1946, art. 27—, que prescreve que "todos têm o direito e a obrigação de trabalhar", a de Portugal —1976, art. 59 —, ao declarar que "o dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho", e a de Cuba — 1976, art. 44 —, para a qual o trabalho "é um direito, um dever e um motivo de honra para o cidadão". O dever de trabalhar não é um princípio que desatende situações excepcionais, daí a Constituição da Itália — 1948, art. 4º — dispor que "cada cidadão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou função que contribua para o progresso material ou espiri-

tual da sociedade". Não querem as Constituições, com isso, dar ao trabalho caráter coativo, uma vez que se referem ao livre e assalariado, sob a "proteção especial da lei", como na Constituição do Uruguai — 1967, art. 53 —, porque "toda pessoa tem o direito à livre contratação e à livre escolha do trabalho com uma justa retribuição", como observa a Constituição do Chile — 1981, art. 16. A Constituição do Brasil — 1988 — trata do trabalho como um dos princípios gerais da atividade econômica, declarando como tais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa — art. 170 — e a busca do pleno emprego — art. 170, VIII. Entre os direitos e garantias fundamentais incluiu o direito ao livre exercício do trabalho, ofício e profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer — art. 5º, XIII).

Direitos sociais são garantias, asseguradas pelos ordenamentos jurídicos, destinadas à proteção das necessidades básicas do ser humano, para que viva com um mínimo de dignidade e com direito de acesso aos bens materiais e morais condicionantes da sua realização como cidadão. A Constituição do Brasil (1988, art. 6º) enuncia os direitos sociais, mostrando a maior amplitude que os caracteriza diante dos direitos trabalhistas, ao declarar que o são "a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

As normas de *organização* têm escopo estrutural de órgãos públicos ou privados, do Estado e dos particulares, entre aqueles os da Administração Pública do Trabalho, como o Ministério do Trabalho e Emprego, e da Jurisdição Trabalhista, como a Justiça do Trabalho e a Procuradoria da Justiça do Trabalho. Particulares são as organizações a que se refere a Constituição representativas dos trabalhadores e dos empregadores. As normas de garantias e direitos fundamentais são *individuais*, como a proteção à vida, à saúde e à integridade física do trabalhador, e *coletivas*, como o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

Para uma teoria, é desnecessária a inclusão do direito do trabalho no texto constitucional, daí as Constituições omissivas, como, por exemplo, a dos Estados Unidos da América. Para outras, no entanto,

essa medida é indispensável como meio de dar uma garantia mais rígida aos referidos direitos, daí o constitucionalismo social. Todavia, não há uniformidade de critérios quanto aos direitos que devem ser incluídos nas Constituições. As latino-americanas são mais detalhadas e intervencionistas; as europeias valorizam os direitos coletivos, respaldando a autonomia privada coletiva, a organização e a ação sindical, com um mínimo de dispositivos sobre direitos individuais, salvo exceções como Portugal, que tem longa lista de direitos trabalhistas.

Outras formas de composição política, econômica e social existem, ao lado das Constituições, denominadas *pactos sociais*, bilaterais quando têm como sujeitos as representações de trabalhadores e empregadores e trilaterais quando, além dos citados, participa também o Governo, visando a fixar, pelo consenso, diretrizes sobre metas a cumprir em determinado prazo, quanto a problemas como desemprego, automação, desenvolvimento econômico e outros. São instrumentos mais ágeis e permitem constantes redirecionamentos de acordo com a eficácia com que atuam na sociedade.

Uma questão jurídica que tem merecido a atenção dos especialistas em direito constitucional é a da *aplicação das leis constitucionais.*

À classificação tradicional adicionou-se a moderna, aquela que divide as leis constitucionais em *programáticas*, *autoexecutáveis* e *não autoexecutáveis*, as primeiras quando enunciadoras de princípios para o legislador, as segundas como completas e em perfeitas condições de aplicação, as terceiras como dependentes de leis infraconstitucionais que as completem para que possam ser aplicadas.

Mais recente é a *teoria da eficácia imediata*.

Para essa teoria as leis constitucionais são eficazes, alterando-se o tipo de eficácia. Nesse sentido, as normas constitucionais são consideradas *de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições, e de eficácia limitada, cuja estruturação definitiva o legislador deixou para providência ulterior*.

Há leis constitucionais que, em razão do seu conteúdo, necessitam de legislação integradora, enquanto outras não estão condicionadas à existência dessa legislação e podem, em toda a sua plenitude, ser aplicadas nos casos concretos. Pode-se dizer, também, que é inafastável

que há princípios constitucionais destinados ao legislador, os quais não se confundem com comandos atuantes sobre as organizações e pessoas.

Qual é a relação existente, no direito do trabalho, entre leis constitucionais e infraconstitucionais ou outras normas integrantes do ordenamento jurídico múltiplo trabalhista?

Não é demais sublinhar que esse ordenamento é integrado por normas estatais e não estatais, estas resultantes da autonomia privada coletiva, como as convenções coletivas de trabalho, conjunto de fontes que apresenta um interessante problema de hierarquia, que é resolvido, em princípio, pela aplicabilidade da norma que contiver disposições mais favoráveis ao trabalhador.

3. Relações com o direito administrativo: a Administração Pública do Trabalho

O problema trabalhista não prescinde de uma infraestrutura de órgãos estatais voltados para a proteção do trabalho, regulados pelo direito administrativo, visto que pertencentes à Administração Pública. É o caso, no Brasil, dos Ministérios do Trabalho e Emprego, da Previdência e Assistência Social, das Delegacias Regionais do Trabalho, do Instituto Nacional do Seguro Social etc., órgãos do Poder Executivo destinados à proteção do trabalho. No Estado de São Paulo, a Secretaria do Trabalho e Administração. Na esfera judicial, a Justiça do Trabalho, que é federal.

Administração, legislação e *jurisdição* são funções estatais absolutamente distintas segundo a perspectiva da clássica separação de Poderes, que definiu como independentes e inconfundíveis as atribuições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário; porém, a concepção contemporânea admite que tal separação não deve ser considerada em termos absolutos, mas relativos, porque o funcionamento do Estado mostra que não há uma rigidez como a que propunha inicialmente a teoria clássica sem perda das funções precípuas pertinentes a cada órgão.

As mesmas observações são pertinentes na esfera das relações de trabalho quando se vê que há casos em que a Administração e o Legislativo julgam e o Judiciário legisla. A Administração Pública tem como atribuição central organizar, manter e executar a inspeção do

trabalho (CF, art. 21, XXIV), organizar o sistema nacional de empregos e condições para o exercício das profissões (CF, art. 22, XVI) e desenvolver, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, inúmeras atribuições relacionadas com o trabalho nas áreas da migração da mão de obra, treinamento, colocação de desempregados e mediação de conflitos, sendo atualmente vedada a sua intervenção ou interferência na organização sindical (CF, art. 8º, I).

Além dessas atividades, o Ministério do Trabalho e Emprego é competente para apreciar procedimento administrativo de anotação de carteira de trabalho e previdência social quando a relação de emprego é comprovada de modo incontroverso, caso em que, efetuadas as necessárias diligências, e desde que o feito esteja suficientemente esclarecido, fará o julgamento (CLT, art. 36), que só não será efetuado quando houver dúvidas sobre a existência da relação de emprego, hipótese na qual encaminhará o processo à Justiça do Trabalho.

A Justiça do Trabalho, como o nome mostra, julga dissídios individuais e coletivos, mas também profere sentenças normativas, que são, para alguns, um misto de decisão judicial e atividade legislativa, no exercício do poder normativo conferido pela lei (CF, art. 114).

Tanto o Ministério do Trabalho e Emprego como a Justiça do Trabalho aprovam instruções normativas, das quais são exemplos as do Ministério do Trabalho e Emprego sobre registro de entidades sindicais no Cadastro Nacional das Entidades Sindicais e as do Tribunal Superior do Trabalho sobre dissídios coletivos.

Quanto ao Legislativo, a sua função principal é a elaboração de leis trabalhistas, e, para esse fim, a competência é exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 22, I).

Como há relações de trabalho tanto no setor privado como no público, distingue-se o funcionário público *estatutário,* cujo trabalho prestado para a Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, é regido pelo direito administrativo, do *celetista*, do setor privado, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista (CF, art. 173, § 1º) cuja norma é a mesma do setor privado. (Os princípios que presidem as relações estatutárias da Constituição Federal abrangem a Administração Pública — arts. 37 e s. —, os servidores públicos civis

— art. 39 — e militares — art. 42 —, o concurso público para ingresso em cargo ou emprego público — CF, art. 37, II —, salvo cargos que a lei declarar de livre nomeação ou exoneração, o limite máximo e relação de valores entre a maior e a menor remuneração — CF, art. 37, XI —, a proibição de equiparação de vencimentos — art. 37, XIII —, a estabilidade dos concursados após três anos de efetivo exercício, a perda do cargo condicionada a sentença judicial ou processo administrativo — CF, art. 41 —, questões submetidas à apreciação da Justiça Federal.)

Além dos princípios e regras próprias de direito administrativo, há princípios comuns ao setor privado e ao regime celetista aplicáveis, por força da Constituição Federal, aos servidores públicos: direito à livre associação sindical (CF, art. 37, VI); direito de greve nos termos de lei complementar (art. 37, VII); contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX); salário mínimo; irredutibilidade do salário, salvo acordo ou convenção coletiva; garantia de salário variável não inferior ao mínimo; décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; salário-família; jornada diária normal de trabalho não superior a 8 horas e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; repouso semanal remunerado; férias anuais remuneradas com acréscimo de 1/3 do salário; licença à gestante; licença-paternidade; proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos previstos em lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas na forma de lei; e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, art. 39, § 2º). Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve (CF, art. 42, § 5º).

Manuais e tratados de direito do trabalho dedicam um capítulo ao direito administrativo do trabalho que tem por objeto a estrutura de órgãos do Estado que fiscalizam o trabalho e exercem funções diversas de documentação e proteção.

A obra especial de Trueba Urbina, *Nuevo derecho administrativo del trabajo* (México, 1973), sustenta que "o direito administrativo do trabalho se compõe de princípios, instituições, normas protetoras e

reivindicatórias dos trabalhadores, estatutos sindicais, assim como de leis e regulamentos que regulam as atividades sociais da Administração Pública e da Administração Social do trabalho". Portanto, emprega o vocábulo *administração* em sentido amplo, público e privado. Deveali, em *Lineamientos de derecho del trabajo* (Buenos Aires, 1956), escreve que "sob este último aspecto pode ser conveniente agrupar sob o nome de direito administrativo do trabalho as normas que se referem à formação e ao funcionamento dos órgãos estatais que fiscalizam o cumprimento das prescrições legais em matéria de trabalho".

4. Relações com o direito processual: a aplicação e a interpretação do direito do trabalho

Direito do trabalho e direito processual do trabalho relacionam-se; porém são ramos autônomos. O primeiro é ramo do direito material, o segundo, do direito processual. Este compreende, em linhas gerais, o estudo das figuras da ação, jurisdição e do processo.

O direito do trabalho surgiu antes. Da necessidade de disciplinar a solução dos conflitos trabalhistas, perante órgãos judiciais, nasceu o direito processual do trabalho, cujo fim é atuar o direito do trabalho[1]. Diante dos conflitos entre o capital e o trabalho que surgem em toda sociedade, cujas causas são múltiplas, como a questão social, o problema econômico, a desigual distribuição de riquezas, o descumprimento das obrigações legais e contratuais pelo empregador e os pleitos fundados ou infundados dos trabalhadores que são individuais ou coletivos, dois tipos correspondentes de conflitos podem exigir, em dois planos, os *conflitos coletivos* e os *conflitos individuais*.

Os ordenamentos jurídicos são instrumentalizados no sentido de absorvê-los por meio de três principais técnicas de composição: a *autodefesa,* a *autocomposição* e a *heterocomposição*. Assim, as relações entre direito processual e direito do trabalho são de meio e fim porque aquele é destinado a fornecer técnicas para a aplicação e interpretação jurisdicional deste.

---

1. Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1990.

A *autodefesa* consiste na solução direta dos conflitos pelos próprios interessados, por meio da greve e do locaute.

A *autocomposição*, acompanhada ou não de mediação, cada vez mais valorizada, inclusive na América Latina, apesar da sua tradição de intervencionismo nas relações de trabalho, é uma forma democrática de solução por intermédio da negociação coletiva, para a qual estão legitimados os sindicatos.

Em alguns países aos grupos informais de trabalhadores é atribuída legitimação para a defesa dos direitos e interesses do grupo.

No modelo brasileiro, a legitimação é atribuída às entidades sindicais.

A *heterocomposição* significa a solução do conflito por um órgão ou pessoa supraparte por meio da *arbitragem* ou da *jurisdição*.

A arbitragem prevista no Brasil é *facultativa* e *restrita aos conflitos coletivos*[2], de reduzida aceitação entre nós e de grande uso nos Estados Unidos da América para os conflitos individuais. Há países nos quais a arbitragem é *obrigatória*. A principal forma heterônoma é a *jurisdição*. É *comum* — a mesma para questões trabalhistas e outras — ou *especial* — um órgão especializado para relações de trabalho, como no Brasil, Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Inglaterra, Finlândia, Noruega, Suécia, Suíça, Hungria, Polônia, Iugoslávia etc. Em praticamente todos os países questões trabalhistas de greve são apreciadas pelos tribunais. Nos Estados Unidos da América, com menor frequência; na Europa, há vasta jurisprudência dos tribunais sobre greve.

Há países que instituíram, para dirimir os pleitos trabalhistas, *representação classista*, como Alemanha e França. Em outros, como a Itália, a jurisdição é confiada, pela lei, a juízes de direito.

A *competência* jurisdicional no Brasil é *fracionada*. Apreciam demandas trabalhistas não só a Justiça do Trabalho, que é competente para dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, mas também a Justiça Comum, à qual compete decidir sobre

2. Constituição Federal de 1988, art. 114, § 1º: "Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros".

acidentes de trabalho e, juntamente com a Justiça Federal, atuar nas lides sobre previdência social.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, que dispõe sobre a reforma do Poder Judiciário, ampliou a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações sobre relações de trabalho, conceito mais amplo do que relação de emprego, além de multas aplicadas pela Delegacia Regional do Trabalho, ações entre sindicatos, sobre representatividade do setor, e entre sindicatos e representados, o que abrange, entre outros temas, eleições sindicais.

Na Espanha, a competência é concentrada. O fracionamento cria conflitos entre órgãos judiciais quanto a matérias incidentais e é desaconselhável. Exemplifique-se com os recentes processos de ações civis de defesa do meio ambiente, no Superior Tribunal de Justiça, para decidir qual é a Justiça competente, e com a jurisprudência, nesse mesmo tribunal, divergente. O mesmo problema há quanto a questões de representação sindical apreciadas tanto pela Justiça Comum, por competência originária, como pela Justiça do Trabalho, incidentalmente, para poder decidir dissídios coletivos.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 afetou o poder normativo da Justiça do Trabalho. Mantém o dissídio coletivo econômico, desde que proposto de comum acordo pelas duas partes, transformando-o, na prática, em um processo de instauração consensual no qual há um pedido de arbitragem oficial, embora sem esse nome. O dissídio coletivo jurídico foi preservado, o que abrange o dissídio declaratório da abusividade ou não de uma greve. Essa foi a proposta da Organização Internacional do Trabalho — OIT encaminhada ao Governo brasileiro pela solução do Comitê de Liberdade Sindical, que apreciou queixa da Central Única dos Trabalhadores — CUT sobre greve dos petroleiros em 1995. Pensou-se, inicialmente, o que depois foi afastado, em transformar o poder normativo em poder arbitral, de modo que os Tribunais Regionais do Trabalho fariam arbitragem facultativa, quando solicitada por ambos os litigantes, proferindo laudo arbitral irrecorrível e definitivo, sem revisão do Tribunal Superior do Trabalho.

A manutenção do poder normativo era defendida por setores sindicais, considerando a fragilidade sindical para negociar em determinadas regiões do País, nas quais as normas e as condições resultan-

tes de sentenças normativas são as garantias básicas existentes, à falta de condições para a livre negociação.

Os debates sobre o poder normativo dividiam opiniões desde a discussão em 1938 entre Waldemar Ferreira (*v. Princípios de legislação social e direito judiciário do trabalho*, São Paulo, 1938), que sustentou a concepção clássica da jurisdição, segundo a qual ao juiz compete apenas aplicar as normas existentes e não criar normas jurídicas, tarefa que cabe ao Legislativo, daí concluir que o poder normativo é delegação legislativa e imprópria, e Oliveira Viana (*Problemas de direito corporativo*, Rio de Janeiro, José Olympio 1938), partidário de uma visão sociológica, de influências não só corporativistas do direito italiano da época, mas, paradoxalmente, do realismo jurídico anglo-saxônico, que confere ao juiz um poder criativo, não encontrado nos sistemas romano-germânicos[3].

Desde a sua fundação, em 1941, embora na ocasião não incluída no Poder Judiciário, o que só decorreu da Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho, em seus três níveis, as então Juntas de Conciliação e Julgamento, atuais Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, foi paritária, reservando parte das suas funções jurisdicionais para juízes classistas, que têm mandato transitório de três anos.

A representação classista sofreu críticas. As associações de magistrados togados se opuseram a ela frontalmente. Conceituados doutrinadores a contestaram. Contrapuseram-se, como argumentos favoráveis à sua manutenção: a democratização do Judiciário, que conta com a presença popular; o princípio do tripartismo, defendido pela OIT, segundo o qual em todos os órgãos em que são decididos interesses dos trabalhadores, dos empregadores e do Governo os seus representantes devem estar presentes; e a experiência de outros países que mantêm juízes classistas nos órgãos judiciais trabalhistas. Depois de discussões, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, que modificou a redação dos arts. 111 a 113 e 115 a 117 da Constituição Federal, extinguindo a representação classista na Justiça do Trabalho. As Juntas de Conciliação e

3. Constituição Federal, art. 111: "São órgãos da Justiça do Trabalho: I — o Tribunal Superior do Trabalho; II — os Tribunais Regionais do Trabalho; III — Juízes do Trabalho".

Julgamento passaram a ser Varas do Trabalho. Nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho foram extintos os cargos de juízes e ministros classistas, permanecendo nesses órgãos somente os togados de carreira e do quinto constitucional.

O procedimento adotado pela Justiça do Trabalho é, pela lei, simplificado[4]. Há recurso ordinário da decisão proferida pela Vara do Trabalho para o Tribunal Regional do Trabalho. Da decisão deste cabe, em se tratando de matéria de direito, recurso para o Tribunal Superior do Trabalho. Neste há turmas que o apreciam. Do pronunciamento de uma delas, se houver jurisprudência divergente com outra ou com a Seção de Dissídios Individuais, caberá recurso para este último órgão. Nos casos de questão constitucional, caberá atuação do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho. Segue-se a possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. A maior crítica que a Justiça do Trabalho recebe é a da falta de celeridade das suas decisões o que se deve ao volume de processos que tem de julgar.

A *mediação* hoje é restrita à mesa-redonda nas Superintendências Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego. São presididas por Auditores Trabalhistas. Melhor seria que equipes de pessoas de formação própria, de preferência desvinculadas do ofício de fiscalizar, fossem treinadas para desempenhar a função por solicitação das duas partes litigantes, no próprio local onde o conflito existir, atribuindo-se ao mediador a tarefa de acompanhar a aplicação do acordo coletivo e, como primeiro intérprete, por meio do laudo, dirimir, sem poderes de decisão, dúvidas eventualmente resultantes da sua efetivação, antes da apreciação judicial.

Duas modificações foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico tendo por fim imprimir maior celeridade à solução dos processos trabalhistas.

A primeira foi a alteração do art. 625 da CLT, com a redação da Lei n. 9.958, de 2000, que entrou em vigor em 12 de abril, prevendo a criação de Comissões de Conciliação Prévia como um primeiro de-

4. CLT, arts. 813 a 855. A audiência por lei é una, só podendo ser desmembrada em casos de força maior; na prática, porém, salvo exceções, é tripartida em inicial, de instrução e de julgamento, expediente adotado pelos juízes porque na pauta diária há, em junta de maior movimento, cerca de vinte a trinta audiências, o que inviabiliza a unificação.

grau, extrajudicial, dos dissídios individuais trabalhistas onde existentes tais órgãos. Estes, embora facultativos, onde instituídos poderão colaborar, pela conciliação, para a autocomposição desses conflitos.

Outra iniciativa está em vigor desde 13 de março de 2000: o procedimento sumaríssimo, para questões de até 40 vezes o salário mínimo na data do ajuizamento do processo judicial, um rito simplificado, com maior liberdade do juiz para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica, com redução das formalidades das decisões e do trâmite dos recursos. Pretende-se, com essa inovação, reduzir a duração de processos de pequeno valor.

Em todos os ordenamentos coexistem diversas formas que compõem um sistema. Há, portanto, um sistema de composição dos conflitos trabalhistas, o que pressupõe, como diz Emílio Morgado, que as partes que o integram estejam entrelaçadas e ordenadas conforme uma sequência rígida. A arbitragem não conseguiu, ainda, no Brasil, a mesma aceitação que tem em outros países, nem mesmo com a previsão da Constituição de 1988, facultando-a para a composição dos conflitos coletivos. Tem crescido. Há experiências de arbitragens em alguns setores, em especial em São Paulo. Em outros ordenamentos jurídicos, a arbitragem é obrigatória para alguns tipos de questões, como as de greve em atividade essencial, e facultativa em outros.

A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 616) autoriza o Ministério do Trabalho e Emprego a convocar as partes de um conflito para a mediação — mesa-redonda na DRT. A Procuradoria da Justiça do Trabalho as convoca, durante investigação prévia ou inquérito civil público que precede a instauração de ação civil pública, para um entendimento, que, sendo positivo, será formalizado em um *Termo de Ajuste de Conduta*, que tem força executiva perante a jurisdição, como título extrajudicial executivo.

5. Relações com o direito civil: da locação de serviços para os contratos de trabalho

As relações entre o direito do trabalho e o direito civil são de três tipos.

Primeira, de ordem *histórica*, pois o direito do trabalho provém do direito civil; depois, de ordem *doutrinária*, porque não são poucas as teses e as figuras do direito civil desenvolvidas e adaptadas pelo direito do trabalho, como ocorre na parte geral, nas obrigações, nas coisas etc.; a seguir, de ordem *legislativa*, porque o direito civil é fonte subsidiária do direito do trabalho, existindo no Brasil, inclusive, expressa determinação legal nesse sentido.

Há, sem dúvida, nas relações entre o direito civil e o direito do trabalho, mais de uma perspectiva de estudo compreendendo as seguintes hipóteses: 1) o direito civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho; 2) o direito civil como ordenamento antagônico ao direito do trabalho; 3) o direito civil como direito subsidiário do direito do trabalho; 4) o direito civil como direito subsidiário do direito do trabalho e como fundamento teórico, quando adequado, para o direito do trabalho.

O *direito civil como ordenamento exclusivo das relações de trabalho* foi assim antes da legislação trabalhista. A falta de uma lei própria para as relações de trabalho assalariado e o convencimento de que a lei civil é igual para todos foram premissas que desautorizaram uma legislação de classe profissional e fundamentaram o contrato de trabalho nos moldes dos contratos de direito civil, dos quais, até hoje, há diversos que são contratos de atividade, embora não sejam contratos de emprego, como: a empreitada, a prestação de serviços, o contrato de transporte exercido por pessoa física, o contrato de agência ou representação comercial etc.

Foi, realmente, expressiva a influência da codificação do direito civil sobre a disciplina inicial do contrato de trabalho. O papel desempenhado pelo Código de Napoleão (1804), pelo Código tedesco (1896) e pelos Códigos italianos (1865 e 1942) não pode ser desconhecido, principalmente porque esses códigos traziam um cunho marcadamente comum, a consagração do *contrato,* com as repercussões sobre as relações entre patrão e empregado.

Na França, aplicou-se às relações de trabalho, do Código de Napoleão (Cap. III, Tít. 8º, L. 3º), o contrato de arrendamento de obra e de indústria e a liberdade das partes para estipular acordos de vontade válidos como contratos (art. 1.108), bastando o consentimento, a capacidade, o objeto e a causa lícitos.

Nos países que viram nascer a sociedade industrial, o modelo típico jurídico maior utilizado para as relações de trabalho foi a *locação*, desdobrada em dois tipos: a *locação de serviços* (apontada como precedente da relação de emprego moderna) — *locatio operarum*, contrato pelo qual uma pessoa se obrigava a prestar serviços durante certo tempo a outra mediante remuneração — e a *locação de obra ou empreitada — locatio operis faciendi*, contrato pelo qual alguém se obrigava a executar uma obra a outra pessoa mediante remuneração.

Que a diretriz contratual presidiu as ideias da época, como continua até hoje a ganhar a preferência dos juristas, é o que nos mostra o *contratualismo clássico*, que procurou subsumir os vínculos de emprego nos modelos do *arrendamento,* como pretenderam Josserand e Planiol*,* da *compra e venda,* como defendiam Pothier, Laurent e Carnelutti.

Carnelutti assimilou a prestação de trabalho e o fornecimento de energia elétrica, ambos, para o insigne jurista, tendo como objeto a compra e venda, o que o levou a dizer que o objeto do contrato de trabalho é a energia psicofísica do trabalhador que dele se desprende como atividade, não retornando, no que coincide com a energia elétrica, à fonte de que emanou, da *sociedade,* como afirmaram Chatelain e Villey*,* do *mandato*, teses hoje rejeitadas.

Para Orlando Gomes e Cesarino Júnior*,*o contrato de trabalho é um *contrato de adesão.*

Um *segundo tipo de relação* entre o direito do trabalho e o direito civil é a ideológica do *direito comum como ordenamento antagônico ao direito do trabalho.* Tão logo surgiram as leis trabalhistas, seguiu-se o período de rejeição do Código Civil, visto como um código burguês, de sentido individualista e que serviria para disciplinar a propriedade, os bens e as transferências de patrimônio, e não para reger relações de trabalho. Cresceu a ideia de antagonismo entre direito civil e direito do trabalho no auge do período clássico.

A extensão progressiva do domínio da legislação que Paul Pic, na França, denominava legislação industrial; a ampliação do *droit ouvrier,* da condição do proletariado, da questão social; a necessidade crescente da intervenção legislativa que o direito civil da época não permitia; os princípios das novas escolas de economia e de ciência política deram

consistência à ideia correta da insuficiência do direito civil e da necessidade do direito do trabalho, e incorreta ao alimentar o antagonismo entre os dois ramos do direito, como se fosse possível jogar por terra toda a construção jurídica que vinha do direito romano, abandoná-la por força da falsa ideia de que nela nada existe que possa ser aplicado às relações de trabalho, e iniciar uma elaboração jurídica nova, em todos os princípios, modelos e instituições.

A ideia do antagonismo não prosperou.

Foi um equívoco desfeito em 1960 pelo insuspeito Mário de la Cueva, em seu livro *Derecho mexicano del trabajo,* no qual sustentou, corretamente, que a ordem jurídica de um Estado é necessariamente unitária. Não se pode conceber uma ordem jurídica contraditória; dessa maneira, é absurdo pensar em uma contradição permanente entre os princípios do direito comum e os do direito do trabalho, embora existam finalidades diversas e filosofias diferentes em um e em outro ordenamento, o que não é razão suficiente para considerar o direito civil e o do trabalho como radicalmente distintos.

A unidade da ordem jurídica estatal supõe um conjunto de princípios fundamentais na base de todo o direito e nesses princípios se reúnem o direito civil e o do trabalho. Admitir o contrário seria destruir as normas básicas da ordem social; equivaleria a pensar, por exemplo, que em matéria de trabalho poderiam não ter aplicação as regras derivadas das garantias individuais.

Um *terceiro tipo de relação* entre o direito do trabalho e o direito civil, já sublinhado, é o da subsidiariedade que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, *o direito comum como direito subsidiário do direito do trabalho*. Como o direito do trabalho é *especial* e o direito civil é comum, compatibilizaram-se, nos ordenamentos jurídicos modernos, as relações entre ambos como relações de subsidiariedade. Pode-se, nesse sentido, falar em leis civis como leis trabalhistas de caráter complementar.

São leis trabalhistas *subsidiárias* as leis de direito comum. É, portanto, consagrada a diretriz da CLT (art. 8º, parágrafo único) já citada. Fala-se, desse modo, em direito subsidiário trabalhista para designar a utilização das leis dos Códigos Civil e Comercial no âmbito trabalhista — agora do direito empresarial, com a unificação do direito das obrigações pelo novo Código Civil —, para suprir as lacu-

nas ou explicitar alguns princípios e conceitos. Têm maior aplicação, na esfera trabalhista, as leis do Código Civil sobre direito das obrigações, uma vez que se relacionam com o contrato individual do trabalho.

O *direito das obrigações* é fonte de solução de questões jurídicas do contrato de trabalho, como as de obrigações condicionais, como o salário sob condição, obrigações alternativas, como a concessão do descanso no feriado ou o pagamento em dobro, em salário diferido, como o décimo terceiro, em responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo ou subsidiária, como nos casos de subcontratação.

A Parte Geral do Código Civil com adaptações é aplicada às relações de trabalho. Parte da *teoria dos negócios jurídicos* também é aplicável às relações de trabalho: regras sobre defeitos dos atos jurídicos — o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude; nulidades ou anulabilidades dos atos jurídicos, ressalvada a *irretroatividade das nulidades* para preservar os salários de um contrato nulo e a *diferença entre trabalho com objeto ilícito e trabalho proibido*, este retratando uma atividade profissional ou uma ocupação que, embora vedada para determinadas pessoas ou circunstâncias, tenha efetivamente existido, aquele para designar uma atividade criminosa e que como tal não pode ser protegida pelo ordenamento jurídico.

É possível delinear uma *quarta forma de relação* entre o direito do trabalho e o direito civil: é a da articulação, *o direito comum como direito articulado aplicável às relações de trabalho*. Nessa perspectiva, o direito civil não é apenas fonte subsidiária do direito do trabalho, mas ordenamento aplicável, de modo articulado, diretamente às relações de trabalho. A articulação é uma relação entre normas em virtude da qual há um reenvio, expresso ou espontâneo, suscitado pela própria natureza da matéria, que leva ao direito positivo fora dos limites do direito do trabalho, como uma colaboração normativa exigível pela necessidade de solucionar os conflitos e as questões que se apresentam, fazendo do direito do trabalho e de outros ramos do direito peças como se fossem engrenagens do mesmo sistema.

Na Itália, o direito coletivo é regido pela Constituição, pelas Convenções Coletivas e pela Lei n. 300.

O direito individual é disciplinado pelo *Codice Civile,* que no capítulo sobre a disciplina da atividade profissional (arts. 2.060 a 2.239

e 2.946 a 2.957) trata do conceito de empregador, da constituição da relação de trabalho e da subordinação, entre outras figuras.

O mesmo Código no art. 2.126 dispõe: "A nulidade ou anulação do contrato de trabalho não produz efeito para o período em que a relação teve execução, salvo se a nulidade derivar da ilicitude do objeto ou da causa". O § 2º do mesmo texto declara: "Se o trabalho foi prestado com violação de normas tutelares do prestador de trabalho, este terá em qualquer caso direito à retribuição".

Comentando os referidos dispositivos, a jurista peninsular Luisa Galantino (*Diritto del lavoro,* Torino, Giappichelli, 2000, p. 112) faz observações que passam, em resumo, a ser expostas.

Mostra que no direito do seu país as hipóteses de invalidade do contrato de trabalho são bastante restritas, no plano legal, diante do princípio da conservação da relação de emprego, e no plano legislativo em face do disposto no art. 2.126 do Código Civil, segundo o qual a nulidade ou anulabilidade do contrato de trabalho não produz efeito para o período de sua execução, salvo se a nulidade derivar da ilicitude do objeto ou da causa.

Acrescenta que a anulabilidade se verifica nas seguintes hipóteses: a) incapacidade de uma das partes contratantes (CC, art. 1.425); b) erro sobre qualidade essencial sobre a pessoa do outro contratante (CC, art. 1.427), de escassa configuração porque o empregador pode valer-se do contrato de experiência para conhecer o empregado; c) violência ou dolo (CC, arts. 1.434 e 1.439), exemplificando a primeira hipótese com a exposição do empregador a ameaças de violência pelo empregado e a segunda com o dolo omissivo do empregado sobre a sua verdadeira aptidão para a função; d) estipulação do contrato com violação das normas sobre colocação (CC, art. 2.098), por meio de ação movida pelo Ministério Público com prazo prescricional de um ano quando receber denúncia da agência de colocação sem produção de efeitos sobre o período no qual o trabalho foi prestado.

O juiz do trabalho brasileiro não decide apenas questões trabalhistas.

É, também, um juiz constitucional e de direito comum, como fica claro com exemplos de aplicação direta de direito comum.

Temas constitucionais são a discriminação no emprego, princípio da igualdade, a indenização por dano moral e material ou à imagem, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, a liberdade de trabalho, o acesso à informação, o resguardo ao sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, o direito de reunião, o direito de associação, o acesso ao Judiciário, o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º) e outros.

Questões de direito civil são os tipos de sociedades — personificadas, não personificadas, simples e empresárias — o conceito de empresa, o conceito de sociedade empresarial, cooperativas, a despersonalização da pessoa jurídica e a extensão das obrigações das pessoas jurídicas aos bens particulares dos sócios (art. 50), os tipos de responsabilidade civil, a culpa aquiliana, a teoria do risco (art. 927, parágrafo único), a responsabilidade objetiva nos casos previstos em lei (art. 927, parágrafo único), o benefício de ordem (art. 1.024), a limitação a dois anos contados da averbação da alteração contratual, da responsabilidade dos ex-sócios, a proporcionalidade da responsabilidade dos sócios, a responsabilidade solidária dos administradores perante a sociedade e perante terceiros (art. 1.016), o contrato de empreitada (art. 610), os direitos de personalidade (arts. 11 e 12), a responsabilidade da empresa pelas despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença ou de algum outro prejuízo sofrido pela vítima, no caso de lesão ou de ofensa à saúde (art. 949), a função social dos contratos, a boa-fé nos contratos, a probidade nos contratos (arts. 187 e 422); a onerosidade excessiva (art. 478) e outras.

São do Código do Consumidor questões como a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28) em termos mais amplos do que os do Código Civil, as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos (art. 91).

São temas do Estatuto da Criança e do Adolescente as normas sobre adolescente assistido e trabalho socioeducativo (art. 67).

Em conclusão, o direito civil é aplicável *subsidiariamente* às relações de trabalho por força da própria lei trabalhista que assim dispõe (CLT, art. 8º, parágrafo único) ao declarar que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O preceito tem aberto larga porta, necessária para cobrir as lacunas da lei trabalhista e promover a integração do ordenamento jurídico. Essa aplicação é ampla e vedada apenas quando a lei trabalhista dispuser sobre a mesma regra, caso em que terá prioridade, afastando a aplicação do direito civil, como também desautorizado será o uso deste nas relações de trabalho quando, ainda que haja lacunas, as suas normas mostrarem-se incompatíveis com os princípios do direito do trabalho.

Há uma tendência atual em alguns países para a atuação mais próxima do direito civil nas relações de trabalho, que tem como pressuposto a valorização do contrato, quer nas relações coletivas, para fundamentar os instrumentos coletivos negociados, quer nas individuais, para servir de base às relações de trabalho concebidas nos moldes do contrato de direito civil, mas que não cresceu, obstada pelas peculiaridades existentes tanto nas convenções coletivas como nas relações de emprego, que exigem normas próprias coerentes com as suas características. Do direito civil, independentemente dessa concepção, socorre-se o direito do trabalho, sem perda da prioridade das regras específicas que tem, quanto a alguns princípios que o completam.

Assim, embora subsistam controvérsias, o juiz do trabalho é competente para decidir relações de trabalho regidas pelo Código Civil (EC n. 45/2004, que alterou a redação do art. 114 da CF de 1988).

O texto tem sido interpretado com maior ou menor amplitude. Mas é de toda a conveniência não travar o avanço do direito do trabalho. Para esse fim, a afirmação da competência da Justiça do Trabalho para tais questões é um bom caminho.

Se assim for, a Justiça do Trabalho modelará, com sentido social, além da relação de emprego, de trabalho temporário e de trabalho avulso, alguns contratos de trabalho do Código Civil abrangidos pelo conceito genérico de relação de trabalho e incluídos na diretriz do Código Civil ao dispor que "toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição" (art. 594).

Nesse texto estão abrangidos diversos tipos contratuais como prestação de serviços autônomos (art. 593), contrato de transporte (CC, art. 730), contrato de agência (CC, art. 710), representação comercial

(Lei n. 4.886, de 1965), corretagem (arts. 722 a 729 e Lei n. 6.530, de 1978), contrato de administração por administradores profissionais (CC, art. 1.061), trabalho cooperado (CC, art. 1.093, e Lei n. 5.764, de 1971) e contrato de consumo de serviços da pessoa física (Código do Consumidor, art. 3º).

6. Relações com o direito empresarial: a atividade econômica organizada

As relações entre o direito do trabalho e o direito empresarial, nome genérico com o qual o Código Civil brasileiro unifica a teoria das obrigações, abrangendo tanto as de natureza civil como mercantil, são, também, de natureza *histórica.*

Muitas das primeiras leis trabalhistas surgiram nos códigos comerciais e, ainda na atualidade, como na Argentina, grande parte dos dispositivos do Código Comercial é aplicada na solução das controvérsias trabalhistas.

Ademais, são relações de natureza *legislativa* porque também o direito comercial é subsidiariamente aplicado na solução dos problemas trabalhistas; como, ainda, de natureza *doutrinária*, porque existem pontos comuns e figuras estudadas tanto num como noutro ramo do direito, como a empresa, o comerciante individual e coletivo, a sucessão das empresas, a falência etc.

De outro lado, verifica-se a força expansiva do direito do trabalho sobre o direito comercial, no sentido de regulamentar figuras antes exclusivas do direito comercial. É o que ocorre com os vendedores, viajantes e pracistas, assunto que hoje já não pertence exclusivamente ao direito comercial, pois há representantes comerciais autônomos, como existem os vendedores subordinados, estes últimos considerados empregados protegidos pelas normas trabalhistas. A mesma situação se verifica quanto ao trabalho marítimo e portuário, isto é, a penetração do direito trabalhista num campo pertencente ao direito comercial.

O Código Civil de 2002 absorveu parte do direito comercial. Considerou-o, unitariamente, direito empresarial.

Como parte da unificação do direito das obrigações, incorpora o direito de empresa. Revoga o Comercial (arts. 1º a 456) e o mantém

nos arts. 457 a 796. Conceitua empresário como quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, excluídos os intelectuais, cientistas, literatos, artistas, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Dispõe sobre sociedade empresária (art. 982), sua inscrição e personalidade jurídica (art. 985) e prevê a figura da sociedade não personificada (art. 986). Em relação à responsabilidade dos sócios, é solidária e ilimitada (art. 990) depois de onerados os bens da sociedade (art. 1.024). As obrigações dos sócios mantêm-se do início ao término da sociedade; a liberação da responsabilidade dá-se quando se extinguirem as responsabilidades sociais (art. 1.001); cessa a responsabilidade do sócio depois de dois anos de averbada a sua retirada da sociedade (art. 1.003); e na sociedade de serviços, o sócio cuja contribuição consista em serviço é proibido de empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de perder os lucros e dela ser excluído (art. 1.006). A responsabilidade dos sócios é proporcional às cotas (art. 1.007). Os sócios administradores têm responsabilidade solidária perante a sociedade e terceiros proprietários por culpa (art. 1.016), e nas sociedades cujos bens são insuficientes os sócios respondem pelo saldo proporcional, salvo cláusula de responsabilidade solidária (art. 1.023). O sócio que entra numa sociedade responde por dívidas anteriores (art. 1.025).

A Lei de Sociedades Anônimas continua em vigor.

As sociedades cooperativas são disciplinadas quanto às suas características (art. 1.094) e responsabilidade dos sócios (art. 1.095).

Sociedades coligadas são aquelas que, nas relações de capital, são controladas, filiadas ou participantes (arts. 1.097 a 1.101). A transformação, incorporação, fusão e cisão da sociedade, não prejudica direitos de credores (art. 1.115). O estabelecimento é conceituado como todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária (art. 1.142), e o seu adquirente assume débitos anteriores (art. 1.146). São indicados como prepostos (arts. 1.169 a 1.171) os gerentes, contabilistas e outros auxiliares contábeis (art. 1.169). O gerente pode estar em juízo (art. 1.176). Os prepostos têm responsabilidade pelos atos culposos, perante a em-

presa (art. 1.177, parágrafo único), e pelos atos dolosos, solidariamente com o preponente (art. 1.177, parágrafo único); os preponentes têm responsabilidade por atos de quaisquer prepostos praticados no seu estabelecimento e relativos às atividades da empresa, desde que não autorizados por escrito (art. 1.178).

7. Relações com o direito fiscal: o exercício do poder tributário do Estado

Os autores divergem quanto à denominação da matéria: direito fiscal, direito tributário e direito financeiro. Este último compreende toda a dogmática jurídica da atividade financeira do Estado, incluindo tributos, despesas, orçamento e créditos públicos, abrangendo, portanto, um universo mais amplo.

O exercício do poder tributário do Estado pode refletir-se diretamente sobre os trabalhadores, como contribuintes que são e como membros da sociedade, sujeitos, como tal, aos reflexos da política fiscal do Estado. As alíquotas do imposto de renda podem gravar excessivamente ou não os salários. O imposto sobre serviços pode dificultar o exercício de uma atividade profissional se os seus percentuais se elevam acima da capacidade contributiva.

Uma empresa onerada por impostos excessivos deixa de abrir vagas de empregos em detrimento do combae social ao desemprego. Taxas compulsórias cobradas pelo Poder Público podem, multiplicando-se, dificultar, também, a atividade econômica e, com isso, as relações de trabalho. A execução de multas trabalhistas e previdenciárias segue os mesmos parâmetros processuais das execuções fiscais perante a Justiça Federal quando tudo indica que melhor seria a competência da Justiça do Trabalho para a discussão judicial de multas trabalhistas porque, embora contra o Poder Público, são fundadas em infrações de dispositivos legais trabalhistas.

As relações entre o direito do trabalho e o direito fiscal levaram alguns autores a falar em direito tributário trabalhista. Isso porque existem no direito do trabalho determinadas instituições, como a contribuição sindical (antes chamada imposto sindical), o salário-educação etc., típicas imposições tributárias sobre as empresas e os empregadores.

Nos processos trabalhistas surge uma questão: saber se sobre pagamentos trabalhistas incide imposto de renda. A matéria é disciplinada pelo Regulamento do Imposto de Renda (Dec. n. 3.000, de 26-3-1999, art. 39, XX), que isenta os 40% de indenização do FGTS e o aviso prévio de tributação, assim dispondo: "Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...) XX — a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS (Lei n. 7.713, de 1988, art. 6º, inciso V, e Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, art. 28)".

O Decreto n. 99.684, de 8 de novembro de 1990, que consolida as normas regulamentares sobre o FGTS, no art. 71, por sua vez, declara: "Art. 71. São isentos de tributos federais os atos e operações necessários à aplicação da Lei n. 8.036, de 1990, quando praticados pela CEF, pelos trabalhadores e seus dependentes ou sucessores, pelos empregadores e pelos estabelecimentos bancários. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo às importâncias devidas, nos termos da Lei n. 8.036, de 1990, aos trabalhadores e seus dependentes ou sucessores".

8. Relações com o direito penal: direito penal do trabalho

As principais relações entre o direito do trabalho e o direito penal residem na inclusão entre as infrações penais de matéria trabalhista e na unidade de figuras e consequente problema das relações entre o ilícito penal e o ilícito trabalhista.

No Brasil, um capítulo do Código Penal é destinado aos "Crimes contra a Organização do Trabalho". Proíbe a lei penal o atentado contra a liberdade de trabalho, de contrato de trabalho, a boicotagem violenta, o atentado contra a liberdade de associação, a frustração de direito assegurado por lei trabalhista, a frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho, o exercício de atividade com infração de decisão administrativa e o aliciamento para o fim de emigração.

Há fatos típicos trabalhistas criminalizados pelo direito penal, entre os quais: a) o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (CP, art. 207, *caput* e §§ 1º e 2º); b) o crime de frustração de direitos trabalhistas mediante fraude ou coação (CP, art. 203, *caput* e §§ 1º e 2º, no qual se pode enquadrar o *truck-system*); c) o crime de sonegação de contribuição previdenciária, supressão do empregado da folha de salários, falta de registro da Carteira de Trabalho e Previdência Social e o pagamento de salários "por fora" (CP, art. 337); d) o crime de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo (CP, art. 149); e e) o crime de assédio sexual (CP, art. 216-A). Há uma discussão sobre a natureza do denominado direito disciplinar do trabalho, se penal ou não. A empresa, por lei, pode aplicar determinadas sanções ao empregado (advertência, suspensão etc.).

A propósito do assunto, Luiz José de Mesquita[5] escreveu: "Esse direito disciplinar é, em última análise, um verdadeiro direito penal das instituições, pois há, de fato, uma semelhança, não igualdade, note-se, de natureza entre o crime e a falta disciplinar, ambos fatores de desorganização de uma coletividade. Entretanto, o direito penal e o direito disciplinar apresentam uma diferença de ordem essencial, pois ambos punem faltas em sociedades que diferem uma da outra pela sua natureza. Enquanto se trata, num caso, de tutelar uma sociedade perfeita, como é a sociedade estatal, no outro trata-se de proteger uma sociedade imperfeita e até *sui generis*, como é a empresa-econômica. Por isso não pode haver, é claro, confusão entre o poder disciplinar dos grupos particulares com o poder punitivo geral do Estado".

Em princípio, o ilícito penal e o ilícito trabalhista são autônomos e sujeitos a tratamento jurídico próprio. No entanto, muitas vezes o mesmo fato apresenta um ilícito penal e um ilícito trabalhista. É o caso do furto. O empregado que furta incorre em justa causa de improbidade. O empregado que rouba também. O mesmo ocorre quanto à apropriação indébita. Justa causa para o despedimento do trabalhador será igualmente a prática de ofensas físicas a superior hierárquico, colega ou terceiro, e o conceito trabalhista de ofensas físicas outro não é senão

5. *Direito disciplinar do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1950, p. 86.

o de vias de fato ou lesões corporais. A prática constante de jogos de azar também configura a justa causa trabalhista. Portanto existem relações entre o problema trabalhista e o penal.

Surgem, na atualidade, propostas no sentido de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgar crimes contra a organização do trabalho diante do disposto pela EC n. 45 ao declarar que ao Judiciário trabalhista cabe decidir as controvérsias oriundas das relações de trabalho. Como se vê, a proposta interpreta de modo amplo a referida expressão. Mas não há uma suficiente compatibilização entre o princípio do *in dubio pro operario,* que está na formação do juiz do trabalho, e o princípio do *in dubio pro reu* do direito penal nem entre a avaliação axiológica dos dois tipos de juízes. Um pequeno furto cometido pelo empregado que se apoderou de um produto da empresa e é apanhado na revista ou a falta de registro da carteira de trabalho por um pequeno empresário são fatos que certamente seriam avaliados, para os respectivos fins penais e trabalhistas, de modo diferente.

§ 19. Autonomia do direito do trabalho: do direito civil para um direito especial

Sumário: 1. Autonomia legislativa. 2. Autonomia doutrinária. 3. Autonomia didática. 4. Autonomia jurisdicional. 5. A autonomia do direito do trabalho segundo Maria do Rosário Palma Ramalho.

1. Autonomia legislativa

A autonomia do direito do trabalho é sustentada por expressivos pensadores, entre os quais Orlando Gomes, Mozart Victor Russomano, Süssekind, Dorval de Lacerda, Segadas Vianna, Evaristo de Moraes Filho etc. Outros, como Rivero e Savatier, preferem falar em particularismo e não em autonomia do direito do trabalho. Na verdade, no direito há um fenômeno que o caracteriza através dos séculos: a sua intensa e contínua proliferação. O direito desenvolve-se na medida em que as necessidades sociais obrigam o seu desmembramento. Assim, o antecedente genético do contrato de trabalho é a locação de serviços do direito civil.

Veja-se o que ocorre com o direito público, hoje apresentando setorizações bastante definidas como o são o direito constitucional, o direito administrativo, o direito judiciário e o direito penal. Não difere o direito privado, antes essencialmente civil, hoje civil, comercial e trabalhista. Novos compartimentos são, à medida que a história evolui, determinados: direito agrário, aéreo, financeiro, de marcas, de águas, imobiliário, marítimo etc.

No direito penal, o mesmo ocorre, constatando-se hoje a existência de um direito penal comum e um direito penal militar. No direito civil começa a desvincular-se o direito das obrigações. Assim, com o direito do trabalho o mesmo sucede, sendo hoje perfeitamente definidos os seus contornos.

A elaboração legislativa do direito do trabalho não é recente, e podem ser apontados como antecedentes históricos os Estatutos das Corporações de Ofício, da Idade Média. No período da sua expansão na Europa, foi buscar as suas diretrizes no direito civil, em especial na locação de serviços, sendo essa a sua primeira fundamentação normativa. Na atualidade, goza o direito do trabalho de uma total e própria legislação, quer no plano constitucional, quer no nível da lei ordinária.

No Brasil e em muitos países a Constituição dispõe sobre direitos do trabalhador. De outro lado, em vigor encontra-se a Consolidação das Leis do Trabalho, portanto um estatuto próprio e independente, embora em consonância com os demais preceitos jurídicos.

2. Autonomia doutrinária

A autonomia doutrinária revela-se pela existência de uma *bibliografia própria* e de *princípios próprios*.

A bibliografia trabalhista é vasta, nela encontrando-se tratados, manuais, monografias e dicionários.

Entre os tratados, o *Trattato del diritto del lavoro*, de Borsi e Pergolesi, o *Traité de droit du travail*, de Camerlynck (1968), o *Tratado de derecho del trabajo*, de Cabanellas (1959), além de dois verdadeiros tratados, embora sem esse nome: *Derecho mexicano del trabajo*, de Mario de la Cueva (1963), e *Introdução ao direito do trabalho*, de Evaristo de Moraes Filho (1956). São clássicos: *Traité de droit du travail*, de Paul Durand e André Vitu (1950); *Traité élémentaire de législation industrielle*, de Paul Pic (1930); *Il contratto de lavoro*, de Lodovico Barassi (1915), e outros que por brevidade não são mencionados.

No Brasil destacam-se ainda: *Instituições de direito do trabalho*, de Süssekind, Segadas Vianna, Délio Maranhão e Lima Teixeira (1954); *Compêndio universitário de direito do trabalho*, de José Martins Ca-

tharino (1972); *Curso de direito do trabalho*, de Mozart Victor Russomano (1972); *Curso de direito do trabalho*, de Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1963); *Direito do trabalho*, de Délio Maranhão (1954); *Curso de direito do trabalho*, de Messias Pereira Donato (1977), e outros de não menor valor. Obra singular pela estrutura e desenvolvimento é *Direito social brasileiro*, de Antônio Ferreira Cesarino Júnior (1940). Outras obras, por serem específicas, serão indicadas na oportunidade adequada.

A autonomia doutrinária do direito do trabalho revela-se também pela existência de princípios próprios e característicos desse ramo do direito. As suas fontes informativas são marcadamente pluricêntricas, isto é, emanam de mais de uma fonte de produção internacional, estatal e extraestatal e, portanto, a lei não é, em direito do trabalho, a sua única forma de expressão.

O problema das nulidades do contrato de trabalho é muito particular, prevalecendo, em princípio, a teoria da irretroatividade das nulidades.

Outro princípio que encontra maior acolhida no direito trabalhista é a responsabilidade objetiva ou sem culpa e a teoria do risco dos acidentes do trabalho. A autonomia da vontade, também, sofre sensíveis modificações, substituída em larga escala pela adesão. O direito do trabalho tem valorações próprias, às vezes convergentes, outras divergentes, do direito comum. O contrato individual de trabalho apresenta peculiaridades que o distinguem dos contratos de direito comum. As relações coletivas de trabalho pressupõem sujeitos, entre os quais o sindicato, que é um tipo de associação existente somente no âmbito trabalhista. A greve é um ato coletivo de conflito que só pode ocorrer na esfera das relações de trabalho. Essas características são suficientes para comprovar a autonomia do nosso ramo do direito.

3. Autonomia didática

A autonomia didática do direito do trabalho resulta da maturidade científica que o leva a contar com uma cadeira própria nas Faculdades de Direito, Economia, Administração de Empresas, Serviço Social, o que não acontece com os demais ramos de direito. Assim,

existem métodos próprios de ensinamento do direito do trabalho com base em um programa mínimo no qual é estudada uma introdução ou teoria geral e, em seguida, o contrato de trabalho, além dos estudos sobre o sindicalismo, a previdência social e os conflitos coletivos. O processo trabalhista desvincula-se a ponto também de ganhar autonomia didática.

4. Autonomia jurisdicional

No direito do trabalho há uma jurisdição especial, a Justiça do Trabalho. Nem todos os ramos do direito são confiados a uma Justiça Especial. No Brasil, isso ocorre somente com o direito do trabalho, o direito eleitoral e o direito penal militar.

5. A autonomia do direito do trabalho segundo Maria do Rosário Palma Ramalho

O estudo mais amplo e profundo sobre autonomia do direito do trabalho é o da professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Maria do Rosário Palma Ramalho, apresentado em dissertação de doutoramento perante a mesma universidade, publicado em 2000 pela Editora Almedina, com o título *Da autonomia dogmática do direito do trabalho,* no qual são examinados os mais diferentes aspectos da questão.

Entre esses aspectos, o enquadramento clássico do problema, a autonomização sistemática da nossa disciplina que, segundo a autora, deu-se quando da constatação da ineficácia do direito civil para solucionar alguns dos seus problemas. Conclui que a autonomia sistemática da nossa disciplina deu-se, também, porque o fenômeno sociológico trabalho identifica com facilidade as normas jurídicas que se organizam em torno dos centros regulativos dessa mesma disciplina, no plano individual e coletivo.

Seguiu-se à elaboração normativa a elaboração dogmática natural e logicamente subsequente à construção normativa, além da dignidade acadêmica das matérias laborais, tudo numa trajetória expansiva do civilismo para o laboralismo.

Situa na segunda década do século XX a construção teórica do contrato e da relação de trabalho, rompendo com o enquadramento tradicional obrigacional, porque tem pressupostos próprios axiológicos e técnico-jurídicos. Questiona, mesmo, a própria categoria do contrato — teoria da relação objetiva de emprego — para sustentar que o vínculo entre empregado e empregador é uma *situação jurídica*, tema este que desenvolveu no seu *Curso de direito do trabalho.*

§ 20. Enquadramento do direito do trabalho

Sumário: 1. Noções introdutórias. 2. Direito público. 3. Direito privado. 4. Direito misto. 5. Direito unitário. 6. Direito social. 7. O privatismo do direito do trabalho.

1. Noções introdutórias

O direito não pertence à natureza física. Não é uma lei química ou uma lei biológica que o produz, muito menos uma lei mecânica própria do mundo não cultural e dentro de uma infalível inelutabilidade. O direito, ao contrário, apresenta-se-nos, como frisa Recaséns Siches, pleno de sentido, de significação, como expressão de uma estrutura de fins e de meios congruentes, como intencionalidade[1]. Nada há na natureza física que se nos apareça como um elemento jurídico. Ao contrário, existe o direito porque o homem procura ordenar a sua coexistência com outros homens pautando-a por meio de determinadas normas por ele dispostas no sentido de evitar um conflito de interesses e realizar um ideal de justiça.

O direito é um instrumento de realização da paz e da ordem social, mas também se destina a cumprir outras finalidades, entre as quais o bem individual e o progresso da humanidade. Assim, os homens vivem não isoladamente, mas agrupados, para a consecução dos seus objeti-

1. Recaséns Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, 1965, p. 54.

vos, e a essa união dá-se o nome de sociedade. O homem individual tem a necessidade de unir-se aos demais homens num sentido de cooperação recíproca e de maior soma possível de esforços que permitam um aumento da criatividade no desenvolvimento histórico em que a pessoa humana se põe, e do qual é um motor.

Uma razão subjetiva, a própria natureza do homem, leva-o à coexistência em sociedade. A natureza do homem é, como observa Messner[2], natureza social e natureza individual, e por isso o fim social mesmo é um dos fins existenciais fundamentais. Por esta razão, os dois aspectos, o pessoal e o social, mais a necessidade de proteção, levam o homem a viver em sociedade. Como da interatividade dos homens na sociedade pode surgir um desequilíbrio nas suas relações, o direito surge como o bem cultural de que se utiliza o homem para restabelecer esse equilíbrio, rompido, individual ou grupal, e permitir a continuidade da vida social. *O direito é, portanto, uma ciência cultural*.

O saber jurídico comporta uma consideração no plano transcendental ou filosófico, próprio da filosofia do direito, e uma consideração empírico-positiva, reservada para a teoria geral do direito, a sociologia jurídica, a história do direito, a etnologia jurídica, a psicologia jurídica e a política do direito. Cabe à teoria geral do direito fixar os diferentes compartimentos ou categorias normativas do direito positivo, assim como cabe à filosofia do direito a especulação sobre o *justo natural*.

A teoria geral do direito não apresenta muita uniformidade quando procura classificar o direito positivo fazendo-o segundo critérios variáveis. Isso porque há juristas que sustentam a inexistência de divisões, isto é, concebem unitariamente o campo do direito. Outros, todavia, optam por uma divisão que é clássica entre direito público e direito privado. Outros mais adotam uma divisão tríplice, direito público, direito privado e direito social. Sob outro aspecto, o do espaço em que atua, é dividido o direito em nacional e internacional.

O direito é o resultado da pressão de fatos sociais que tensionados sob valores resultam em normas jurídicas. É o que aconteceu com o direito do trabalho, também.

---

2. Johannes Messner, *Ética social, política e económica a la luz del derecho natural*, Rialp, 1967, p. 157.

O seu desenvolvimento sempre se ordenou a uma relação jurídica entre particulares.

Os fatos econômico-trabalhistas que se seguiram à Revolução Industrial, consistentes na formação de um aglomerado de trabalho em torno da máquina a vapor então descoberta, constituem, sem dúvida, a base sobre a qual o direito trabalhista é construído.

Nenhuma uniformidade é encontrada na doutrina quando se trata de estabelecer a natureza do direito do trabalho. Divergem os autores e bastante. Para alguns, é possível enquadrar o direito do trabalho nos esquemas clássicos do direito romano, para outros torna-se necessário admitir que o direito não é somente público e privado, existindo ao lado dessa divisão uma outra a que dão nomes os mais diversos.

2. Direito público

Expressivos juristas, como Gigante, Veranessi, Stolfi, Ottolenchi, Balzarini, Maynes, Castorena, Bry, Perreau, Otto Mayer, Friedmann, Gascon Marin, Alvarez, Gonçalves da Mota, Hirosê Pimpão etc., sustentam que o direito do trabalho é ramo do direito público.

Entendem que essa classificação do direito do trabalho decorre em primeiro lugar do seu *caráter estatutário*. Querem dizer com isso que, a exemplo do direito administrativo, o trabalhista é constituído de uma relação jurídica prevista aprioristicamente, delineada pela lei e não entregue à autonomia das partes contratantes. É o caso das relações entre o funcionário e a Administração Pública, regidas por um estatuto; no caso do Brasil, o Estatuto dos Funcionários Públicos da União, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado etc. Nessas condições, julgam que do caráter estatutário do direito do trabalho resulta a sua publicização, pois no contrato de trabalho não haveria margem para a discussão de cláusulas entre empregado e empregador. O que poderiam estipular já o foi anteriormente e é o que consta da lei.

Um segundo argumento é o de que o direito do trabalho apresenta *normas de caráter administrativo*, como tal consideradas as relativas à higiene e segurança do trabalho, previdência social, fiscalização trabalhista, direito sindical etc.

Uma terceira afirmação é a de que o *fundamento jurídico-filosófico* do direito do trabalho não é o mesmo do direito privado, pois este encontra raízes no individualismo e na autonomia da vontade e aquele no intervencionismo estatal restritivo da liberdade volitiva.

Um quarto argumento consiste na alegação da *irrenunciabilidade das suas normas*. Com efeito, as normas de direito do trabalho são irrenunciáveis, como decorrência da necessidade de proteção ao trabalhador. Entretanto, são transacionáveis, nada impedindo a conciliação sobre direitos incertos e mediante concessões mútuas dos sujeitos das relações de trabalho.

A perspectiva por meio da qual o direito público deve ser identificado divide os doutrinadores, o que se reflete na própria divergência dos autores quando se trata de fixar os critérios de distinção entre o direito público e o privado. Para alguns, a diferença entre os dois setores da ordem jurídica funda-se na *teoria dos interesses*: o direito público regula os interesses imediatos do Estado e o direito privado, os interesses imediatos dos particulares. Outros invocam a *teoria da natureza das relações* para sustentar que no direito público há uma relação de natureza subordinada entre o Estado e o particular, quando no direito privado a relação é de igualdade e de vontades concorrentes. Outros, finalmente, valem-se da *teoria da natureza dos sujeitos* para entender que, quando figura como sujeito da relação jurídica o Estado ou um dos seus órgãos, teremos direito público e, quando figura como sujeito da relação o particular, teremos direito privado.

Como se vê, não há acordo na doutrina, o que dificulta a apreciação do problema sob o prisma pretendido por essa corrente do pensamento.

A tese da publicização do direito do trabalho encontra um sério obstáculo num argumento, a liberdade sindical da Convenção n. 87, da OIT que veda intervenção ou interferência do Estado na organização e na ação sindical. Caso o direito do trabalho, do qual faz parte o direito coletivo ou sindical, fosse direito público, seria inevitável, por uma questão de lógica do sistema, considerar os sindicatos entes de direito público, como no corporativismo, já afastado no período moderno diante das nefastas consequências do domínio dos entes sindicais pelo Estado.

3. Direito privado

Para Lazcano, Amiaud, Barassi etc. o direito do trabalho é ramo do direito privado. Isso porque surge de um contrato de trabalho cujas partes são dois particulares agindo no interesse próprio. Também porque, historicamente, o direito do trabalho provém do direito civil e o contrato de trabalho, da locação de serviços do Código Civil. Acrescentam que o intervencionismo estatal não desfigura essa característica do direito do trabalho porque é própria da época e dos demais ramos do direito, como o direito de família, de sucessões, o direito comercial etc.

4. Direito misto

Segundo Paul Roubier, Carnelutti, De Litala, Belloni, Pergolesi, D'Eufemia, Fantini, Mossé, Jacobi, Pérez Botija, Cabanellas, García Oviedo, Menéndez Pidal, Alfred Hueck, Walter Kaskel, Planiol, Ripert, Renard, Donati, Eduardo Espínola, Hermes Lima, Orlando Gomes, o direito do trabalho é *direito misto*, ou seja, constituído tanto de normas de direito público como de normas de direito privado, paralelamente.

Sustentam que essa disciplina revela um dualismo normativo decorrente de heterogeneidade dos elementos de que se compõe e que não se interpenetram. Em outras palavras, procuram mostrar que diversas das suas figuras e instituições são de caráter público, entre as quais incluem a tutela administrativa sobre os trabalhadores, a inspeção trabalhista exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, a formação da mão de obra etc. Concomitantemente, ao lado dessas normas públicas, outras haveria de caráter privado, e entre estas enquadram-se os contratos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho.

5. Direito unitário

Trata-se de orientação difundida entre nós por Evaristo de Moraes Filho, admitida, também, por Joaquim Pimenta, Egon Gottschalk, Dorval Lacerda, Arnaldo Süssekind, Hedemann, Nusbaum, Flatow e outros. O direito unitário seria a expressão de um monismo jurídico de fundo kelseniano. Em outras palavras, as normas do direito público e privado estariam fundidas, nascendo outra realidade, o direito unitário.

Difere, portanto, a concepção do direito misto — coexistência de normas públicas e privadas concomitantemente — e do direito unitário — fusão e integração das normas públicas e privadas — que em consequência desaparecem, dando lugar a um novo ser. O direito unitário é, portanto, uma síntese entre direito público e privado.

6. Direito social

Para Radbruch, Otto von Gierke, Gurvitch, Cesarino Jr., além do direito público e do privado existe um *tertius genus*, o direito social, cujas notas características estão no modo pelo qual contempla o homem, na atitude da sociedade em relação ao homem e nos fins da regulamentação jurídica. O homem é contemplado como um ser integrante do social. A sociedade é vista como devedora de obrigações para com o homem. O direito em questão teria como finalidade a proteção dos *hipossuficientes.*

7. O privatismo do direito do trabalho

A distinção entre o direito público e o privado encontra suas raízes históricas em Ulpiano: "publicum jus est quod ad statum rei romanae spectato, privatum quod ad singulorum utilitatem" (D. I., *jus et de jure*, 1, 2). Surgiu por motivos meramente ideológicos de fortalecimento do Estado romano e de centralização política após uma fase anterior de direito positivo marcadamente privatístico e tribal.

No direito tribal, a positivação da norma jurídica emanava do próprio chefe do grupo, o ancião ou o *pater*, que concentrava nas mãos o poder religioso, econômico, jurídico e político. Era ele o sacerdote do grupo, ministrando os sacramentos; o ecônomo, cuidando dos bens; o magistrado, com poderes de decisão, e de vida ou morte sobre os seus dependentes; e era também o político, cuidando dos destinos do grupo que dirigia.

O Estado romano separou a coisa privada (dos grupos sociais) da coisa pública (do Estado romano) e fez ressaltar uma crescente elaboração jurídica no sentido de institucionalizar na ordem do direito essa diferenciação.

Numa fase subsequente, na Idade Média, a descentralização política voltou a predominar e com ela a privatização do direito.

No Absolutismo Monárquico que se seguiu, a centralização e predomínio do arbítrio da autoridade unificada encarnada na pessoa do Rei refletiu-se sobre o direito, publicizando-o.

O Liberalismo da Revolução Francesa, que surgiu como reação contra o Absolutismo Monárquico, na exaltação do ser humano e da sua impostergável liberdade de ação na ordem social, trouxe um retorno ao privativismo do direito.

Do intervencionismo estatal resultou uma inegável publicização das normas jurídicas. Atualmente, defende-se a desregulamentação do direito coletivo.

Como se vê por esse resumo histórico, a distinção entre o direito público e o privado é meramente ideológica. Muda no tempo e no espaço. Não é essencial. Vale como método de estudo, de grande utilidade. Porém, o direito existiria ainda que não existisse essa discriminação de setores.

Se admitida a validade metodológica da distinção entre direito público e privado, o direito do trabalho seria ramo do direito privado, porque não vincula cidadão ao Estado; regula interesses imediatos dos particulares; é pluricêntrico, emanando de fontes internacionais, estatais e não estatais; tanto a convenção coletiva do trabalho como o contrato individual do trabalho não se desvincularam do âmbito do direito privado.

Cabe admitir, com Kelsen, o caráter ideológico do dualismo direito público e direito privado, significando que, assim como o liberalismo pode representar a dissolução do direito público no direito privado, o socialismo também poderá ter o efeito de diluição do direito privado no direito público, como realmente acontece. Assim, a divisão do direito elaborada pelo Estado está de certo modo condicionada à organização do Poder Político, de cuja maior ou menor interferência resultam as consequentes setorizações.

O direito do trabalho surgiu nas suas origens com características marcadamente privatísticas, tanto que é do direito civil e do contrato de arrendamento que evoluiu o contrato de trabalho. Com as modifi-

cações históricas de natureza político-social, alterou-se bastante essa fisionomia, mas o fenômeno não é isolado e próprio do direito do trabalho e predomina em todos os ramos do direito, inclusive no direito civil.

Supondo-se que o direito privado representa uma relação entre sujeitos em posição de igualdade e o direito público, uma relação entre um sujeito supraordenado e um sujeito subordinado (Estado-Cidadão), o direito do trabalho é direito privado porque nele se encontram dois sujeitos num mesmo plano (empregador-empregado) em relação ao Estado, embora em níveis diferentes nas relações entre si. O direito do trabalho não vincula um cidadão ao Estado.

Se entendermos que o direito público regula interesses imediatos do Estado, e o direito privado, interesses imediatos dos particulares, será muito difícil a aceitação da premissa, porque, desde o momento em que uma norma de direito protege um interesse particular, essa proteção constitui já um interesse coletivo. Uma vez admitida, segue-se que no direito do trabalho o interesse dos particulares é imediato, e o do Estado, mediato, o que conduz também à mesma conclusão de sua natureza privada.

A publicização do direito do trabalho significa o absolutismo e o totalitarismo estatal, o que é indesejável, também na ordem jurídico-trabalhista.

Em nenhuma parte o direito do trabalho é unicamente estatal, porque a realidade da ordem trabalhista é plural ou pluricêntrica mediante um processo de elaboração de normas jurídicas pelo Estado e pelos grupos sociais; portanto, o direito do trabalho é estatal e não estatal, simultaneamente.

As relações jurídicas entre trabalhador e Estado e empregador e Estado, por alguns constituindo um setor que denominam direito protecionista do trabalho, não transformam a natureza privada do direito do trabalho tendo em vista a natureza incidental dessas relações que são instrumentais, isto é, destinam-se a dar melhor disciplina à relação jurídica fundamental, que é entre empregado e empregador.

Nem a convenção coletiva de trabalho nem o contrato individual de trabalho foram arrancados do âmbito do direito privado, pois ambos não têm a natureza de contrato público. A convenção coletiva de tra-

balho é produzida diretamente pelos próprios interessados por meio de negociações que desenvolvem entre si. Os contratos individuais de trabalho são relações estabelecidas entre dois sujeitos particulares ou, se um dos sujeitos é o Estado, o faz sujeitando-se às normas aplicáveis aos particulares.

O direito do trabalho é, portanto, *ramo do direito privado* porque regula interesses imediatos dos particulares, é pluricêntrico, tanto a convenção coletiva de trabalho como o contrato individual não se desvincularam do âmbito do direito privado, e porque a liberdade sindical exige que assim o seja.

§ 21. A tutela trabalhista além da relação de emprego

Sumário: 1. O âmbito pessoal do direito individual do trabalho: teoria restritiva. 2. Âmbito pessoal do direito individual do trabalho: teoria ampliativa. 3. O alargamento das fronteiras.

1. O âmbito pessoal do direito individual do trabalho: teoria restritiva

Nenhuma dificuldade existe em admitir que o trabalho profissional sob a forma de emprego ou contrato de trabalho é objeto do direito do trabalho.

No entanto, quanto ao trabalho profissional que não se reveste dessa forma, divergem os autores. Duas orientações são encontradas. Uma *restritiva*, que delimita o âmbito de aplicação do nosso direito ao trabalho em forma de emprego. Outra *ampliativa*, estendendo-o também a profissionais cuja atividade é regulada segundo outros esquemas jurídicos.

A corrente restritiva é defendida por Manuel Alonso Olea[1]: "O direito do trabalho, como disciplina autônoma, surgiu e se fundamenta sobre a existência, como realidade social, generalizada e básica para a vida em sociedade, do trabalho produtivo, livre e por conta alheia.

1. *Introdução ao direito do trabalho*, Ed. Sulina, 1969, p. 177.

Essa realidade social, ao configurar-se juridicamente, determinou o aparecimento, no ordenamento jurídico, de um tipo especial e singularíssimo de relação jurídica, de caráter contratual, a que se denominou contrato de trabalho. A singularidade do contrato de trabalho reside, por sua vez, na natureza muito especial do objeto das obrigações recíprocas que por força do contrato assumem as partes e, sobretudo, pela obrigação assumida pelo trabalhador, que compromete na execução do contrato seu próprio trabalho e, por ser este uma atividade estritamente pessoal, compromete de certa maneira sua própria pessoa. Os sujeitos da relação jurídica — empresário e trabalhador — são tipificados pela sua própria especialidade e pela especialidade de seu objeto, dando-se a tipificação fundamental com respeito ao trabalhador, eis que o trabalho é uma expressão de sua personalidade e objeto de sua obrigação".

Também restritiva é a posição do uruguaio Francisco de Ferrari[2]: "Em tese, pode-se dizer que o seu domínio não extravasa o campo do trabalho subordinado, encarado tanto como relação jurídica ou como fato social. Não compreende, portanto, o *trabalho autônomo*, embora imponha às vezes obrigações ao empregador e se refira, às vezes, à empresa, porque se ocupa desta e do empregador somente enquanto ambos tenham que ver com o trabalho subordinado. Tampouco está sob o seu domínio o trabalho associado, porquanto o cooperativismo é ou foi uma tentativa para a supressão do trabalho subordinado e se sabe que a lei laboral é uma regulamentação dos serviços prestados pelo homem em estado de dependência... Assim, deve concluir-se, momentaneamente, que o direito do trabalho é aplicável unicamente sobre os homens que subordinam livremente sua atividade por razões econômicas e não aquelas atividades subordinadas por razões filosóficas, correcionais, legais ou de formação profissional. Se em alguns casos estendeu-se o império desse direito ao trabalho correcional, universitário ou religioso, não se deve ver nisso por enquanto nada mais que soluções práticas que, ocasionalmente, anunciam um avanço desse direito sobre outros gêneros de relações humanas, especialmente aquelas que incidem sobre o processo econômico e sobre a condição social das pessoas".

2. *Derecho del trabajo*, Depalma, 1968, v. 1, p. 239.

Semelhante é a posição de Manuel Alonso García[3]: "O objeto próprio, que adquire categoria para constituir-se em centro de um ramo jurídico novo, é o *trabalho por conta alheia*. É um trabalho livre, que exclui de consideração jurídica neste campo o trabalho forçado em qualquer de suas formas; é um trabalho por conta alheia, que deixa de fora — por falta de alteridade para a criação de direitos — o que se realiza por conta própria; é, em princípio ao menos, um trabalho subordinado ou dependente, que supõe a ausência de consideração jurídico-laboral do trabalho que — ainda realizado por conta alheia — se leva a cabo, não obstante, com o que Hedemann chama autodeterminação".

2. Âmbito pessoal do direito individual do trabalho: teoria ampliativa

Posição diferente, de maior abertura, ampliativa, é assumida por outros juristas.

Entre eles, Cabanellas[4], apesar de uma aparente contradição em alguns pontos da sua obra: "Tanto o trabalhador dependente como o independente podem ser sujeitos do direito do trabalho; porém, só o trabalhador subordinado se rege por um contrato de trabalho. Daí que, por antonomásia, o trabalhador característico, sob o ponto de vista laboral, seja o sujeito de um contrato de trabalho".

Na mesma linha doutrinária, Pérez Leñero[5]: "... esse mesmo fato social *trabalho* pode dar origem a relações que não são jurídicas, mas morais, salientando-se do conteúdo de nossa ciência. No direito positivo, pode ser fundamento de relações jurídicas, que hoje, não obstante, não entram, todavia, no direito laboral, tal como correntemente se entende (por exemplo, o trabalho profissional e o autônomo), mas que doutrinariamente, como dissemos, terão que entrar no dia em que nossa ciência adquirir a substantividade e independência que terá que alcançar".

---

3. *Curso de derecho del trabajo*, Bosch, 1964, p. 47.

4. *Compendio de derecho laboral*, Omeba, 1968, v. 1, p. 274.

5. *Teoría general del derecho español del trabajo*, 1948, p. 21.

Também Brun e Galland[6], embora não desenvolvendo o tema, entendem que não só aos assalariados, mas também "dans une certaine mesure, aux travailleurs indépendants", o direito do trabalho passa a ser aplicável.

A se seguir a tendência que parece predominar, aqueles que trabalham de modo independente ou autônomo escapam do domínio do direito do trabalho, salvo se houver uma regulamentação específica nesse sentido e que deverá ser acolhida doutrinariamente como exceção.

Por outro lado, o trabalho profissional pode revestir-se de características preponderantemente intelectuais, técnicas ou manuais.

No direito do trabalho de alguns países há diferença legislativa e doutrinária, conforme o grau da ocupação do trabalhador. Assim, as normas trabalhistas para o empregado, trabalhador de categoria mais elevada (escritórios, bancos etc.), não são as mesmas do operário (fábricas, estabelecimentos comerciais etc.).

Entre nós, é inadmissível tal critério. A legislação a impede (CLT, art. 3º).

3. O alargamento das fronteiras

O direito do trabalho, no período inicial, foi um setor do direito criado para disciplinar dois tipos de relações jurídicas, as coletivas, por meio das leis que regeram os sindicatos em sua organização e ação, e as relações individuais, restritas, no começo, a um âmbito bem definido, a proteção do operário de fábrica do início da Revolução Industrial.

O direito coletivo do trabalho ou direito sindical atravessou os mais diferentes períodos da história política, o socialismo, o corporativismo, afirmando-se, nas democracias, sob a égide do princípio da liberdade sindical.

O direito individual do trabalho sempre ampliou o seu âmbito pessoal. Quanto aos tipos de trabalhadores que visava a proteger, passou do operário de fábrica ao trabalhador do setor de serviços, de ambos para o empregado em geral, intelectual, técnico ou braçal, daí,

6. *Droit du travail*, Sirey, 1958, p. 9.

na sociedade pós-industrial, a todo trabalhador subordinado. Na atualidade aumenta a sua pretensão.

No período contemporâneo assiste-se ao início de uma nova fase, a do direito do trabalho não só de empregados, senão também de outros tipos de trabalhadores que não estejam vinculados a uma empresa mediante relação empregatícia. A experiência é recente mas certamente os debates crescerão em muitos países no sentido de estabelecer se o direito do trabalho é um direito dos empregados — o que nunca deixará de ser — ou se a sua extensão, diante dos novos sistemas de produção capitalista e das alterações profundas no modelo de sociedade e da força de trabalho, será, verdadeiramente, o direito do trabalho em sentido *lato* e não o direito dos empregados.

Essa época acompanha o fenômeno da expansão das fronteiras do direito individual do trabalho. O seu âmbito — a relação de emprego — mostra-se insuficiente. Ele não corresponde a todas as exigências de desenvolvimento econômico nem presta a devida proteção ao trabalhador, o que vem trazendo prejuízos tanto em detrimento da força de trabalho, em grande parte informal, como do processo produtivo.

A proteção do trabalhador deslocou-se dos aspectos econômicos para a defesa da sua pessoa e cidadania. Os direitos trabalhistas não são apenas patrimoniais; são, também, direitos e interesses morais: a reserva da intimidade, a proibição de atos discriminatórios, a indenização por dano moral e outras medidas de tutela da dignidade do ser humano que trabalha.

Ao *tipo padrão de contrato de trabalho* por tempo indeterminado e jornada fixa foi acrescentada uma diversidade de contratos de trabalho, entre os quais alguns flexíveis, como várias modalidades de contrato por prazo determinado, o contrato a tempo parcial, o contrato compartilhado, os contratos de formação profissional industrial e comercial (aprendizagem), os estagiários, portanto, um sistema contratual bem diferente e mais aberto. Está clara a necessidade de retipificar os contratos individuais de trabalho, tema já abordado por Nelson Mannrich em *A modernização do contrato de trabalho* (1998).

§ 22. Direito do trabalho e direito de previdência social

Sumário: 1. Teoria dualista. 2. Teoria monista. 3. Discussão do problema. 4. Contrato de trabalho e contrato de previdência privada complementar.

1. Teoria dualista

Para a *concepção dualista*, direito do trabalho e previdência social não se confundem. Constituem matérias autônomas e de objetivos próprios, bem como tratamento jurídico específico.

Esse é o entendimento de Cabanellas, que formula, inicialmente, uma distinção entre *segurança social* e *previdência social*, a primeira um gênero que comporta a *previdência* e a *assistência social*. No pensamento do ilustre jurista, direito do trabalho e segurança social não têm unidade doutrinal apesar da íntima conexão e expansão que os caracteriza na história. Isso porque os seus sujeitos são diferentes: no direito do trabalho, o empregado e o empregador; na segurança social, todos os habitantes do território, mesmo que jamais tenham intervindo no processo de produção econômica. Os fins também não são os mesmos: no direito do trabalho o interesse do trabalhador e na segurança social a melhoria individual, material e moral da sociedade; também há diversidade de instituições: o direito do trabalho de natureza privatística fundado no contrato de trabalho, a segurança social de cunho mais publicístico e administrativo.

Frisa, ainda, Cabanellas que "uma tendência unificadora dos múltiplos aspectos jurídicos que o fato trabalho oferece propõe compendiá-los em um direito social, do qual seriam ramos ou partes essenciais o direito laboral e a segurança social. Essas teses foram desestimadas. Assim como o direito do trabalho, de personalidade científica independente agora, surgiu em boa parte do direito civil, do qual se foi desprendendo e afastando-se sucessiva e aceleradamente, também a segurança social, com raiz ou inspiração ao menos no direito do trabalho, por haver promovido aos trabalhadores o amparo inicial que na atualidade alcança toda a população em geral ou aos setores que dele necessitam com maior urgência, ao crescer e criar suas instituições e finalidades próprias, encontrou a sua autonomia dentro da Enciclopédia Jurídica".

Também Krotoschin[1] segue a corrente dualista, por entender que a previdência social destina-se à criação de normas relativas à vida geral de setores mais amplos, quando o direito do trabalho circunscreve-se às normas de conduta voltadas para o fato trabalho. A primeira ocupa-se dos indivíduos que vivem num grupo social, independentemente da sua profissão, o segundo refere-se ao trabalhador, em sentido estrito, daí por que, concluindo, sustenta que "a previdência social adquiriu o caráter de uma disciplina independente do direito do trabalho".

Na mesma linha de ideias encontra-se Francisco de Ferrari[2], que diz: "Em nossos dias, a segurança social deu lugar a vastos serviços cujas prestações beneficiam em muitos casos a todos os membros da sociedade, sem distinção de classe. Este fato e a evolução geral das ideias sobre a matéria puseram de manifesto que a segurança social, na realidade, está vinculada ao direito econômico e não ao direito do trabalho, que é nada mais que um capítulo ou parte daquele".

Assim, o dualismo parte da diversidade de sujeitos, maior na previdência social, que abrange toda a coletividade, menor no direito do trabalho, que abrangeria somente os sujeitos dos contratos de trabalho.

---

1. *Instituciones de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1947, p. 12.

2. *Derecho del trabajo*, Depalma, 1968, v. 1, p. 240.

Recusada a integração da previdência social no direito do trabalho, sustentam muitos autores sua natureza de ramo da segurança social, doutrina inspirada nas ideias de William Beveridge relativas à elaboração de um plano de ação social destinado a conseguir para todos melhores níveis de trabalho, prosperidade econômica e estabilidade material.

Afirma o estadista inglês: "Três são as condições essenciais para que exista a segurança social no mundo, depois da guerra: a primeira condição é que se implante a justiça em lugar da força como árbitro entre as nações. A segunda condição é que deve existir uma oportunidade razoável de realização de um trabalho produtivo para cada indivíduo em lugar da desocupação. A terceira condição é que deve existir a segurança de que se terão os ingressos suficientes para estar-se a salvo da indigência quando por qualquer razão não se possa trabalhar"[3].

2. Teoria monista

A teoria da unidade integra a previdência social nos quadros do direito do trabalho, considerada um dos seus ramos, sem autonomia científica, portanto. Entre os pensadores que sustentam esse ponto de vista inclua-se Mario de la Cueva, que diz: "Na condição atual do direito mexicano e de nossa estrutura política social, deve afirmar-se a unidade do direito do trabalho e a inclusão nele da previdência social"[4]. Faz, o ilustre jurista, diversas considerações baseadas na lei mexicana para concluir que o tratamento jurídico dispensado à matéria nesse país é o mesmo do direito do trabalho e que no atual contexto não se pode ainda falar em segurança social com autonomia.

Também Giorgio Ardau[5] nega a dualidade, por entender que não existem os elementos necessários para que a previdência social e a assistência social venham a ser compendiadas como conteúdo de uma ciência autônoma denominada segurança social, e que esta não pode no momento ser considerada uma disciplina jurídica.

---

3. *Bases da Segurança Social*.

4. *Derecho mexicano del trabajo*, 1960, Porrúa, v. 2, p. 8.

5. *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1965, p. 149.

Sustenta que, "sob o prisma jurídico, a atração da segurança social para o âmbito da nossa disciplina segue inevitavelmente a sua estrutura subjetiva, porque ainda hoje prevalecem os sujeitos da previdência e da assistência social que são, tecnicamente, trabalhadores subordinados. E diante dessa hipótese que, repitamos, constitui a grande maioria da tipicidade na matéria, as relações de trabalho subordinado constituem o necessário pressuposto da subjetividade passiva das normas de que se trata e não vemos como a análise sistemática da legislação dessa matéria poderia ser autônoma daquela referente às relações de trabalho e vice-versa".

Admite, no entanto, Ardau certa autonomia didática da previdência social, mas não científica.

Rivero e Savatier são cautelosos e entendem que a distinção entre direito do trabalho e previdência social não deve ser nem exagerada nem minimizada.

A segurança social empresta do direito do trabalho certas técnicas, das quais citam como exemplos as convenções coletivas. Também nos quadros do direito do trabalho encontram-se instituições complementares da segurança social, como complementação de aposentadorias e benefícios. Certos problemas fundamentais dos trabalhadores, como as indenizações por infortunística, são atualmente resolvidos nos quadros da segurança social. Também o salário guarda conexões tanto com o direito do trabalho como com a previdência social. Assim, há uma interdependência estreita entre os dois setores e as normas aplicáveis às suas disciplinas. Todavia, concluem, existem problemas relativos aos sujeitos das duas matérias.

3. Discussão do problema

Direito do trabalho e *direito da seguridade social*, nome este que abrange a Previdência Social e a Assistência Social como partes integrantes das quais é o gênero, desvincularam-se e são ramos autônomos do direito, apesar dos fluxos e refluxos que interagem entre ambos, em razão da proximidade de algumas questões.

Essa independência pode ser claramente observada ao se comparar, entre as instituições básicas, nucleares, dos dois setores, no direito

do trabalho, o contrato individual de trabalho, a organização sindical, as convenções coletivas de trabalho e a administração pública do trabalho; na seguridade social, o seguro social, o custeio do sistema de previdência e assistência social, os benefícios e os beneficiários. Aquele, ramo do direito privado; este, do direito público. O primeiro fixa direitos para o trabalhador em atividade; o segundo, regras para o segurado durante a sua inatividade transitória ou permanente em razão dos riscos e contingências a que está exposto.

4. Contrato de trabalho e contrato de previdência privada complementar

Submetidas à Justiça do Trabalho, ganharam significativa dimensão as questões sobre empresas que, espontaneamente, instituem ou patrocinam planos de previdência privada complementar para os seus empregados, destinados a assegurar-lhes um *plus* em acréscimo ao que receberão do INSS por ocasião das suas aposentadorias. Há, ainda, outras concessões, como complementação de pensão por morte para assistência à família, em tal dimensão que é possível dizer que já se forma uma jurisprudência a respeito do tema, fundamentada nos princípios aplicáveis ao direito do trabalho e ao contrato individual de trabalho.

É comum, em diversos países, a instituição de sistemas complementares e privados previstos em contratos coletivos de trabalho, planos privados de saúde, previdência fechada em uma empresa etc. Na Europa existem acordos coletivos de seguridade social. Nos Estados Unidos são comuns cláusulas de saúde nos contratos coletivos no nível de empresa. No Brasil há obrigações previdenciárias complementares sob a forma de complementação de aposentadoria, complementação de auxílio-doença etc.

A previdência privada complementar tem importância porque envolve aspectos da maior relevância social e econômica, na medida em que o trabalhador passa a contar com uma proteção social maior do que a que lhe pode ser oferecida pelo Estado e seu sistema de previdência social, e a empresa consegue cumprir um dos seus objetivos, que é a sua função social.

Além do aspecto social, tem-se de considerar o lado da empresa e os problemas que vem enfrentando, principalmente quando se vê diante de imperativos econômicos que a obrigam a modificar, quer pela iniciativa negocial com os empregados, quer por ato unilateral com ofertas de planos substitutivos mediante adesões, os benefícios que instituíra no início da vida dos planos. Esses benefícios se tornaram, com o decurso do tempo, excessivamente onerosos, a ponto de ficar comprometida a continuidade do sistema implementado sem as suas adaptações à realidade atuarial, o que a leva a reduzir vantagens previstas e ainda não obtidas pelos beneficiários.

De certo modo, o mesmo vem ocorrendo com planos de saúde contratados pela empresa quando as instituições convenentes de assistência médica passam a atualizar os seus preços em valores que se tornam insuportáveis para quem tem de arcar com os seus custos. Essa situação provoca a procura, pela empresa pagadora, de outras instituições convenentes de assistência médica com custos menores, o que pode, em certos casos, alterar a rede hospitalar oferecida anteriormente aos beneficiários ou a redução da cobertura que o plano oferece.

Bem se vê que não são poucas as dificuldades e os questionamentos que suscitam.

§ 23. Setores do direito do trabalho

Sumário: 1. Propostas dos doutrinadores. 2. Direito individual do trabalho. 3. Direito coletivo do trabalho. 4. Direito público do trabalho. 5. Direito tutelar do trabalho.

1. Propostas dos doutrinadores

Assim como o direito se subdivide em ramos, também o direito do trabalho apresenta setores, que são as suas partes componentes, entre as quais há duas que são assinaladas à quase unanimidade dos doutrinadores, o direito individual do trabalho e o direito coletivo do trabalho.

Essa mesma divisão é encontrada, com formulação diferente, em obras mais recentes, entre as quais a de Brun e Galland, ou seja, relações individuais de trabalho e relações coletivas de trabalho.Trata-se de critérios classificatórios baseados na forma dos sujeitos, já que há relações entre o trabalhador e o empregador, singularmente considerados, mas há também relações entre os trabalhadores e os empregadores, uns como outros considerados em grupo, coletivamente.

Na República Federal da Alemanha, Alfred Hueck e H. C. Nipperdey, além do direito individual e do direito coletivo, incluem o que denominam direito protecionista do trabalho para reunir no seu âmbito as relações entre o empregador e o Estado e o trabalhador e o Estado, colocação que, em alguns aspectos, aproxima-se de outras, as que admitem um direito do trabalho misto, público e privado.

Singular é a construção de Cesarino Júnior, que reconhece um grande setor da ordem jurídica, o direito social, "sistema jurídico de proteção aos hipossuficientes", que são considerados coletivamente, resultando o direito coletivo do trabalho, individualmente, e surge a heteroproteção, subdividindo-se, por sua vez, em direito do trabalho e direito assistencial e, finalmente, conjugando hétero e autoproteção, o direito previdencial. Assim, direito do trabalho seria um ramo do direito social.

2. Direito individual do trabalho

Direito individual do trabalho é o setor do direito do trabalho que compreende as relações individuais, tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto a prestação de trabalho subordinado, continuado e assalariado. O vínculo empregatício é, portanto, o seu ponto fulcral.

Duas observações devem ser feitas.

Primeira, a subdivisão, defendida por parte dos doutrinadores, do direito individual do trabalho: direito contratual e direito tutelar, o primeiro tendo como objeto o contrato de trabalho, e o segundo, as normas imperativas que nele se inserem por força de lei. Todavia, nem todas as normas que atuam no contrato de trabalho são tutelares. Algumas são, até mesmo, flexibilizadoras.

Segunda, o tipo de trabalho regido pelo direito individual do trabalho, na medida em que o tema na atualidade sugere novos posicionamentos da doutrina e da legislação, questão em fase de reelaboração dogmática e legislativa ainda não concluída, fortemente influenciada pelo desemprego que força as pessoas a trabalhar por conta própria.

3. Direito coletivo do trabalho

Direito coletivo do trabalho, para muitos direito sindical, é o ramo do direito do trabalho que disciplina as organizações sindicais, sua estrutura, suas relações representando as categorias profissionais e econômicas, os conflitos coletivos, tudo segundo um princípio pluralista de formação da ordem jurídica. A representação dos trabalhadores

na empresa, não organizada em sindicato, é, também, parte dos estudos do direito coletivo do trabalho, e as negociações coletivas vêm cada vez mais ocupando um espaço maior.

4. Direito público do trabalho

Direito público do trabalho é o conjunto de normas e princípios que disciplinam as relações entre o trabalhador e o Estado e o empregador e o Estado. Exemplifique-se com a fiscalização trabalhista, a colocação e a formação de mão de obra, fundo de amparo ao trabalhador etc.

5. Direito tutelar do trabalho

Outro setor, para alguns autônomo e para outros integrado ao direito contratual do trabalho, é o direito tutelar do trabalho e a diferença entre ambos está em que no direito contratual estudam-se os contratos de trabalho e no direito tutelar as obrigações impostas pela lei ao empregador com o salário, a limitação da jornada de trabalho, o descanso semanal, as férias, o fundo de garantia do tempo de serviço e as normas de proteção à vida, saúde e integridade física do trabalhador.

Capítulo V

A norma jurídica trabalhista

§ 24. A elaboração da norma jurídica

Sumário: 1. A elaboração da norma jurídica. 2. Os centros de positivação. 3. O pluralismo do direito do trabalho.

1. A elaboração da norma jurídica

Para que a norma jurídica trabalhista se *atualize*, transformando-se de *potência* em *ato*, há um processo de elaboração a partir dos centros de positivação encontrados no grupo social e reconhecidos pela ordem jurídica. Implicam-se fatos e valores num procedimento dinâmico que se desenvolve em constante renovação, daí por que as estruturas legais se alteram, o mais das vezes com rapidez, na medida em que as modificações da ordem política, econômica e social vão-se sucedendo.

Convém lembrar que norma e lei são expressões que guardam entre si uma relação de gênero e espécie, aspecto que o ordenamento jurídico trabalhista deixa bem claro com os dois grandes setores de produção jurídica, o *Estado* e a *autonomia coletiva dos particulares*. Combinam-se de forma coerente com prevalência do Estado, como regra geral, prioridade, no entanto, que se submete, na conformidade da vontade do Estado, a inúmeras concessões à atuação dos particulares, tudo dependendo do sistema de normas de cada país. Em muitos países a autonomia privada coletiva, respeitados os dispositivos constitucionais, sobrepõe-se, segundo o seu conteúdo, ao poder normativo do Estado. Portanto, norma é a totalidade das regras de direito que integram determinado ordenamento jurídico produzidas pela autonomia

coletiva por meio de instrumentos jurídicos autocompostos pelos grupos e suas entidades representativas, e com efeitos gerais no Brasil, ou *erga omnes* sobre a categoria econômica e profissional, e lei é a norma proveniente do Estado, aprovada pelo Legislativo competente.

2. Os centros de positivação

Os centros de positivação da norma jurídica trabalhista apresentam-se como *organizações ou não*. As *organizações* são instituições sociais.

A OIT, desde 1919, seguindo os objetivos para os quais foi instituída nos termos do Tratado de Versalhes, da Declaração de Filadélfia e das reformas da Reunião de Paris, elabora convenções internacionais de trabalho, aprovadas pela sua Assembleia Geral, vigentes nos sistemas jurídicos segundo as respectivas prescrições constitucionais.

O *Estado*, pelos seus órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário, formula normas jurídicas trabalhistas, sempre em intensidade e complexidade maior.

Comunidades Internacionais organizadas, como a *União Europeia*, também desenvolvem contínua atividade normativa em matéria trabalhista e previdenciária, expedindo imperativos que são observados no âmbito dos países que delas participam de acordo com o seu tratado constitutivo.

As *organizações sindicais*, sindicatos, federações e confederações ajustam convenções coletivas de trabalho das quais resultam condições de trabalho que devem ser cumpridas na esfera de representação das entidades sindicais convenentes.

As *empresas*, para a regulamentação interna do trabalho dos seus empregados, expedem regulamentos de alcance restrito à sua organização.

Porém, os centros de positivação da norma jurídica trabalhista nem sempre se apresentam como organizações como nos casos acima enumerados.

Os *sujeitos da relação de emprego* podem convencionar normas que servirão de modelo obrigatório para ambos.

Finalmente, da *sociedade* também podem surgir normas jurídicas trabalhistas sob a forma de usos e costumes.

Nota-se, portanto, sempre a presença de um centro de positivação, organizado ou não, o primeiro mais frequente.

3. O pluralismo do direito do trabalho

O pluralismo jurídico sustenta a diversificação de processos de formação do direito, entendendo-se por pluralismo jurídico a teoria da origem estatal e não estatal do direito positivo. O direito positivo, segundo o pluralismo, revela-se multiforme. Existem normas jurídicas criadas pelo Estado e também por outros grupos sociais, como a Igreja, as corporações profissionais, o grupo econômico etc. A lei estadual não encerra todo o direito positivo, de tal modo que o grupo social particular dá origem a uma ordem jurídica própria, total ou parcialmente desvinculada do Estado e, em alguns casos, até mesmo contrária à ordem jurídica estatal.

Direito social, no sentido de Gurvitch, é uma das teorias que demonstram a natureza plural do direito do trabalho, ressaltando a autonomia dos grupos profissionais e econômicos nas relações entre si e os ajustes de natureza normativa que celebram, mais precisamente, as convenções coletivas e os acordos coletivos trabalhistas, reconhecidos mas não produzidos pelo Estado.

§ 25. A elaboração pelo Estado

Sumário: 1. A elaboração pelo Poder Legislativo. 2. A elaboração pelo Poder Judiciário. 3. A elaboração pelo Poder Executivo.

1. A elaboração pelo Poder Legislativo

No Brasil a organização do Poder Legislativo é bicameral, participando da elaboração da lei trabalhista a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

A Constituição de 1934 (art. 23) admitia, além dos representantes do povo no Poder Legislativo, "representantes eleitos pelas organizações profissionais", de modo que ao lado dos Deputados do povo havia os "Deputados das profissões", eleitos por sufrágio indireto das associações profissionais divididas em quatro grupos: lavoura e pecuária, indústria, comércio e transportes e, finalmente, profissões liberais e funcionários públicos, experiência que não obteve êxito.

A tese da organização corporativa do Legislativo encontrou expressão em vasta doutrina que influiu nas estruturas políticas, em especial da Itália e Portugal. Na atualidade não encontra maior ressonância, permanecendo no entanto em alguns sistemas jurídicos. Não se afasta com isso a necessidade de integração dos grupos profissionais e econômicos no processo de elaboração das leis, apenas a forma proposta pelo corporativismo. Todo o Poder Legislativo deve atualmente estar impregnado dos princípios que inspiram as democracias modernas, voltadas para a realização da justiça social.

A competência para legislar sobre direito do trabalho em nosso país é da União. Desse modo, os Estados-membros e as Municipalidades não têm competência legislativa trabalhista (CF, art. 22, I). No entanto, declara o parágrafo único do art. 22 da Constituição: "Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo". Entre essas matérias estão as leis trabalhistas. Desse modo, a competência para legislar sobre direito do trabalho é privativa da União, porém esta pode delegar, por lei complementar, tal atribuição aos Estados-membros, para matérias específicas.

Trata-se, portanto, de competência residual dos Estados-membros.

Essa divisão de competência em nada altera as bases e os princípios do Estado federal.

Federalismo é um termo que designa a tendência, presente como fenômeno bastante difuso na história moderna, de organizar o ordenamento político-jurídico repartindo o poder de comando típico do Estado entre entes políticos distintos, entre o governo central e uma pluralidade de entes de governo periférico (*v.* Giovanni Bognetti, *Federalismo,* 2009).

Não é demais dizer que a teoria das fontes tem passado por significativas modificações, complementando-se como uma teoria dos modelos jurídicos numa relação de continuidade. As fontes, como um poder de decidir na experiência jurídica e social, diversificam-se em quatro, a *legal*, a *consuetudinária*, a *jurisdicional* e a *negocial*, esta ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem. Até mesmo o monismo normativo da Escola de Viena, ao considerar o contrato como norma jurídica, acabou por reafirmar a autonomia privada como uma das fontes instauradoras das normas jurídicas. Por consequência, a autonomia coletiva conferida aos grupos sociais, para que decidam sobre os seus interesses, segundo uma concepção pluralista dos ordenamentos jurídicos, está plenamente fundamentada no direito.

2. A elaboração pelo Poder Judiciário

A função do Poder Judiciário é a de aplicar e não elaborar o direito positivo. No entanto, não pode ser vista desse modo simplista a questão.

Para a teoria clássica, a jurisdição é ato de mera aplicação do direito, o juiz é o escravo da lei, dela não se podendo afastar. Cabe-lhe aplicá-la tal como está redigida, silogisticamente, com o que, na expressão de Abelardo Torrè, o magistrado é uma "máquina de subsumir". Dessa teoria resulta que o juiz não pode ser elevado a órgão ordenador da ordem social e a jurisprudência não pode ser identificada como fonte do direito. O juiz é mero intermediário que faz a passagem do texto legal para o caso concreto; não será considerado como investido de um *poder político,* e, em consequência, seria inadequado falar em Poder Judiciário, sendo mais próprio entender a atividade judiciária como *função* ou *serviço*.

Para a teoria moderna a jurisdição é valorizada como fonte do direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário. No pensamento jurídico anglo-saxônico da Escola da Jurisprudência Sociológica e do Realismo Jurídico, à função judicial é atribuída uma dimensão eminentemente prática, participando mais diretamente o juiz da edificação do direito positivo. Certo é, no entanto, que como intérprete e aplicador da norma o juiz atua no sentido da *realização* do direito no caso concreto, o que basta para mostrar a sua criatividade no sistema de efetivação da norma do geral para o particular, do abstrato para o concreto, ato no qual pesa a sua vontade.

3. A elaboração pelo Poder Executivo

O Poder Executivo ocupa posição de realce, quer como participante do processo legislativo, quer como legislador paralelo, mais acentuada no direito do trabalho.Trata-se de um fenômeno geral, característico do Estado moderno. O direito atual reconhece o poder de interferência do Executivo no processo legislativo, a sua liderança na legislação, a iniciativa de projetos, o veto, a possibilidade de fixar prazos fatais para a manifestação do Legislativo e, até mesmo, o poder de editar atos com força de lei. Hoje, já penetrou na linguagem dos juristas a expressão *legislação pelo Executivo*, e suas causas relacionam-se com as dificuldades estruturais do Legislativo e outras razões estudadas pela ciência política. O Executivo desenvolve intensa ativi-

dade no processo normativo do direito do trabalho, mediante seus diversos órgãos.

No Brasil, a *Presidência da República* expede decretos (ex.: decretos de aumento dos salários mínimos), leis delegadas, portarias, resoluções etc.; o *Ministério do Trabalho e Emprego* baixa portarias (ex.: Portaria n. 491 do então Ministério do Trabalho, sobre atividades e ocupações insalubres); normas regulamentares sobre medicina, segurança e higiene do trabalho; portarias sobre inspeção trabalhista; portarias sobre funcionamento de empresas em atividades ininterruptas; portarias sobre seguro-desemprego etc.

Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República pode adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las ao Congresso Nacional de imediato para convertê-las ou não em lei (CF, art. 62).

Nem sempre a Administração vinha limitando a sua atividade segundo os princípios tradicionais da hierarquia das leis. Foram inúmeros os exemplos de atos regulamentares administrativos que não só excederam os objetivos da lei, mas que também a modificaram.

§ 26. A elaboração pela autonomia dos particulares

Sumário: 1. As negociações coletivas. 2. As negociações individuais. 3. A importância da autonomia coletiva dos particulares.

1. As negociações coletivas

Negociações coletivas são uma técnica que trabalhadores e empregadores podem usar para a autocomposição dos seus conflitos coletivos de trabalho. Desenvolvem-se segundo um procedimento via de regra informal, direto, iniciado pelos trabalhadores por meio das suas respectivas representações, em nível de empresa ou de categoria econômico-profissional, que, formulando reivindicações, tentam obter o consentimento dos empregadores, parcial ou total, para as suas pretensões de melhoria das condições que disciplinarão os contratos individuais de trabalho daqueles que são representados nas tratativas.

Há negociações coletivas que contam com a mediação, espontânea ou obrigatória, de uma pessoa ou um órgão, estatal ou privado, sem poderes de arbitragem e decisão, apenas com poderes de proposição. No Brasil, o art. 616 da CLT dispõe que "os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva". Verificando-se a recusa, cabe aos interessados comunicá-la à Superintendência Regional do Trabalho, para convocação compulsória dos sindicatos ou empresas recalcitran-

tes. Portanto, a lei impõe a obrigatoriedade do diálogo visando à composição direta, o que não significa que esta ocorrerá. A Constituição Federal de 1988 (art. 8º, VI) dispõe que é obrigatória a participação dos sindicatos na negociação coletiva.

A origem das negociações coletivas é atribuída à fase na qual o Estado era omissivo diante da questão social, diante da sua política liberalista, com o que surgiu a espontânea necessidade de organização dos trabalhadores em torno das organizações sindicais. Com a força da greve, os trabalhadores conseguiram levar seus empregadores a concessões periódicas, especialmente de natureza salarial, estendendo-se para outros tipos de pretensões, hoje as mais generalizadas. Formou-se assim um direito do trabalho autônomo, que para alguns é denominado direito profissional; para outros, como Gurvitch, direito social, na Itália contemporânea merecendo aceitação a *teoria da autonomia coletiva dos particulares*.

Essa teoria é defendida pelos doutrinadores peninsulares, entre os quais Giugni, em sua obra *Introduzione allo studio dell'autonomia colletiva* (1960); Giovani Tarello, no seu livro *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1972, e outros. O novo modelo de relações coletivas trabalhistas, que a teoria procura explicar, opõe-se ao intervencionismo estatal do período corporativista; considera a atividade dos sindicatos e as convenções coletivas segundo um prisma de direito privado, formando uma ordem jurídica não estatal, segundo o princípio do livre jogo de forças nos conflitos entre as organizações sindicais.

Nos sistemas democráticos a principal forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho é a negociação coletiva entre os interessados, da qual resultam as convenções coletivas estipulando os direitos, entre aqueles reivindicados pelos trabalhadores, que vigorarão por determinado prazo, normalmente um ano. Fuma-se o cachimbo da paz do acordo, implicitamente um compromisso, moral e jurídico, assumido pelos empregados, de não pedir outras vantagens durante o período de vigência da convenção.

A OIT faz a defesa das negociações coletivas propondo-se a demonstrar que atendem a exigências relacionadas com a flexibilidade de que devem ser revestidas as técnicas jurídicas destinadas a acompanhar

as transformações que ocorrem nas relações de trabalho e que são marcadas por extrema velocidade. Mais que isso, as negociações, para a OIT, permitem, com o agrupamento e a união dos trabalhadores na contratação, um nivelamento que o empregado, perante o empregador, não teria, caso reivindicasse individualmente o seu novo contrato de trabalho, hipótese na qual estaria em nítida inferioridade e praticamente sem condições de negociar, decorrência natural da sua situação de subordinação e dependência diante do empregador para o qual trabalha. Razões dessa ordem levam doutrinadores mais extremados a preconizar o fim dos contratos individuais, substituídos pelas convenções coletivas.

Não se mostram entusiastas das negociações coletivas doutrinadores — entre os quais Manoel García Fernandez[1] — que se preocupam com distorções que podem surgir na distribuição de rendas quando o aumento de salários não é acompanhado de correspondente acréscimo da produtividade. Sustentam que as negociações podem conduzir à elevação do custo operacional das empresas, causando efeito multiplicador em determinados setores, seguido da contínua elevação de salários e preços, tudo resultando em um círculo inflacionário que cresce, salvo quando o Estado passa a intervir.

2. As negociações individuais

Negociações individuais são ajustes entre o empregado e o empregador singularmente considerados, tendo por fim acertar cláusulas do contrato de trabalho entre ambos. Com as restrições à autonomia da vontade no direito do trabalho, são essas negociações de âmbito reduzido, mas existem, quer na oportunidade da formação do vínculo de emprego, quer durante o seu desenvolvimento, quer, ainda, em sua extinção.

3. A importância da autonomia coletiva dos particulares

O reconhecimento do significado da autonomia coletiva dos particulares tem, atualmente, no direito do trabalho, uma especial missão, que se relaciona com as próprias características desse ramo do direito,

1. Le contrôle du gouvernement sur les salaires des conventions collectives en Espagne, in *Études de droit du travail*, Paris, LSE, 1974, p. 197.

as relações entre os sindicatos e o Estado e os regimes políticos autoritários que desfavorecem a liberdade sindical, a negociação coletiva e o direito de greve, daí a conveniência da sua explicitação. É a base da concepção democrática do direito do trabalho, com fundamentos novos, diferentes daqueles que prevaleceram no corporativismo e no socialismo do Leste Europeu, já desautorizados pela história.

A autonomia coletiva, como poder social, não é a fonte de que se origina todo o direito do trabalho, mas de um setor importante deste. Da autonomia coletiva não pode resultar uma lei, mas pode, no entanto, derivar uma norma jurídica. O direito do trabalho não se resume às leis elaboradas pelo Estado. Há também, concomitantemente com a produção das leis, toda uma contínua produção de vínculos jurídicos que nasce diretamente da sociedade organizada em grupos. Há um direito positivo do trabalho resultante da atuação das organizações não estatais representativas dos trabalhadores e dos empregadores.

Não é o monismo jurídico que explica o direito do trabalho, mas o pluralismo jurídico, a teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano e Norberto Bobbio, que são pressupostos, comprovados pela experiência, do direito do trabalho, da coexistência, na sociedade, de ordenamentos menores espontaneamente constituídos.

Como se vê, com a teoria da autonomia coletiva dos particulares — negação dos fundamentos corporativistas do direito do trabalho — põem-se problemas dos mais importantes, como as relações entre o domínio do Estado expressando-se no interesse público e dos grupos econômicos e profissionais. A atuação do Estado não deve aniquilar as liberdades econômica e sindical. Delineadas devem ser, de modo o quanto possível nítido, as fronteiras entre a soberania do Estado, a autonomia coletiva dos particulares e a liberdade individual, portanto, entre o Estado, os sindicatos e os indivíduos.

Certo é que o direito do trabalho contemporâneo, entre as suas múltiplas fontes, tem na autonomia coletiva dos particulares uma das suas mais valiosas construções, ainda inacabada, situando-se acima da autonomia individual que caracterizou o liberalismo da Revolução Francesa de 1789, da qual se afasta e na qual interfere para limitá-la, e abaixo da vontade geral representada pelo Estado, perante a qual se afirma sem se deixar absorver.

Há uma *concepção restrita* e uma *concepção ampla* de autonomia coletiva dos particulares sem que ainda se tenha determinado o exato e definitivo sentido da sua enunciação, ponto central do debate conceitual.

Para a primeira, autonomia coletiva dos particulares significa o poder conferido aos representantes institucionais dos grupos sociais de trabalhadores e empregadores de criar vínculos jurídicos regulamentadores das relações de trabalho.

A negociação coletiva é o seu procedimento de concretização. Os contratos coletivos de trabalho, expressão aqui tomada no sentido genérico, são o resultado da sua elaboração, o instrumento jurídico pelo qual a autonomia coletiva dos particulares se corporifica. As normas nesse instrumento fixadas aplicam-se aos contratos individuais de trabalho que se desenvolvem ou que ainda serão ajustados no âmbito da representação dos sujeitos estipulantes.

Forma-se, assim, um ordenamento que não é estatal, mas é pelo Estado reconhecido. Não o foi nos regimes políticos totalitários, mas o princípio da autonomia coletiva é um valor das democracias, nas quais é, até mesmo, priorizado pelo Estado quanto maior o seu respeito pelos princípios democráticos.

De acordo com a segunda, de maior abrangência, a autonomia coletiva dos particulares é o princípio que fundamenta não só a negociação coletiva, mas também a liberdade sindical e a autotutela dos trabalhadores, sendo, sob essa visão, tríplice, portanto, a sua dimensão: como poder de instituir normas e condições de trabalho, poder normativo para contratos coletivos de trabalho; como liberdade para organizar associações sindicais independentemente de autorização prévia do Estado e sem interferências deste, nelas ingressar ou delas sair; e como permissão para que, pela paralisação do trabalho ou outros atos coletivos legítimos, possam os trabalhadores promover a defesa dos seus direitos ou interesses.

A construção dogmática da teoria da autonomia coletiva suscita outras interessantes questões jurídicas que desafiam os seus construtores e leva-os a enfrentar aspectos que podem ser considerados fascinantes, a começar pelo seu fundamento. Para alguns é a lei. Há leis constitucionais que, reconhecendo as convenções e os acordos coletivos, justificam, dessa forma, a autonomia coletiva, que, fundada na lei, significa a sua dependência à vontade do Estado. Para outros, o seu

fundamento está na concepção do negócio jurídico, tese que é contestada por aqueles que entendem haver uma aberta e frontal oposição entre a ideia do contrato do direito comum e a do contrato coletivo de trabalho. É que a autonomia individual do trabalhador para contratar cede diante dos contratos coletivos de trabalho.

A autonomia coletiva é heterônoma em relação à liberdade individual de contratar. Com efeito, da posição de desvantagem do operário para individualmente contratar é que nasceu o contrato coletivo. Logo, sendo uma reação contrária à liberdade individual, a autonomia coletiva não pode encontrar o seu fundamento na autonomia individual, que procura afastar e substituir. A autonomia coletiva não pode, porém, em toda a sua amplitude, ser compreendida por intermédio da teoria do contrato do direito comum.

Como compatibilizar a natureza contratual dos instrumentos de composição coletiva com os seus efeitos *erga omnes*? Se é a projeção do contrato individual, como explicar a coexistência, para o mesmo trabalhador, do contrato individual e do contrato coletivo, este independente daquele sobre o qual impõe os seus efeitos? A sua legitimação deve ser encontrada num poder social que não se confunde com a liberdade contratual individual. É a organização da vontade do grupo como necessidade natural de convivência normativa social a sua origem.

Assim, a negociação coletiva não pode ter o mesmo fundamento do contrato da teoria civilista. Ao contrário, a sua justificativa é própria, vinculada aos movimentos coletivos dos trabalhadores, mas não elimina a liberdade individual. O trabalhador pode ajustar com o empregador condições de trabalho mais favoráveis que as previstas nas convenções coletivas e, às vezes, até menos favoráveis. Isso mostra que a autonomia coletiva não se confunde com a liberdade individual.

Outra questão, não de menor importância, é a das fronteiras entre a autonomia coletiva, exercida pelos particulares, e a ordem pública econômica e social, defendida pelo Estado, para que o exercício desta não se traduza em indevida invasão da esfera própria daquela, comprometendo-a ou, até mesmo, suprimindo-a, o que depende da postura política do Estado perante a sociedade. Se ele é intervencionista, como no modelo corporativista, a autonomia coletiva é afetada na medida em que é conduzida pela mão do Estado, o que significa a sua

destruição, o que já não ocorre se ele é neoliberal, caso em que a autonomia coletiva é respeitada.

Uma terceira questão, relacionada com a anterior, é a dos efeitos jurídicos produzidos pelos instrumentos coletivos constituídos pela autonomia coletiva sobre as relações de trabalho. São normativos para muitos, contratuais para outros, com diferentes implicações conforme a premissa considerada. A concepção normativa facilita a aplicação das cláusulas dos instrumentos coletivos autocompostos sobre todos aqueles que, como trabalhadores ou empregadores, atuam no setor ou categoria correspondente aos sujeitos estipulantes. A concepção contratual limita a esfera de aplicabilidade dessas cláusulas aos sócios das entidades estipulantes, o que gera um problema resolvido, em alguns sistemas jurídicos, por meio de um mecanismo denominado extensão das cláusulas e, em outros, pela adesão espontânea dos interessados.

Acrescente-se, como outro aspecto, a pluralidade de vias pelas quais se desenvolve a autonomia coletiva e das quais nascem instrumentos coletivos autocompostos *tipificados* e *atípicos*. Aqueles são os instrumentos jurídicos previstos em lei, como os contratos coletivos. Os últimos são os acordos empíricos existentes em alguns países, em especial acordos intraempresariais diretos com os trabalhadores sem a participação sindical. Ricardo Escudero Rodríguez[2], tendo em vista a Espanha, estudou acordos coletivos entre trabalhadores e empresas com e sem base legal, entre estes, que denomina *acordos subsidiários*, diversos que fundamenta na autonomia coletiva. Esses acordos são complementares aos convênios coletivos previstos na legislação, os acordos destinados a regulamentar jornadas de trabalho, organização do trabalho na empresa e remuneração, desobrigados de registro. Incluiu os acordos para transferências coletivas de empregados para outro local de trabalho, os acordos negociados nos casos de dispensas coletivas decorrentes de motivos econômicos — autorizadas pela Convenção n. 158 da OIT — e acordos salariais descentralizados e pactuados na empresa. Logo, o sindicato não é o titular exclusivo da autonomia coletiva.

---

2. Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994, in *La Reforma de la negociación colectiva*, coord. Manuel Alarcon e Salvador Del Rey, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995, p. 167.

§ 27. A elaboração consuetudinária

Sumário: 1. Fontes consuetudinárias. 2. Absorção do costume pela lei e pela jurisprudência. 3. Diferença entre costume e outras normas.

1. Fontes consuetudinárias

Maxime Leroy[1] indica a existência de um direito trabalhista inorganizado, para designar o direito costumeiro, elaborado à margem das organizações, posteriormente acolhido pelos sindicatos.

A formação consuetudinária da norma jurídica trabalhista resulta, em primeiro lugar, de um *sentimento*.

No processo do conhecimento dos objetos, o homem dispõe-se a agir ou não agir, segundo as avaliações que formulará sobre esses objetos captados pelas suas sensações. Porém, não são as sensações que levam o homem a agir ou não agir. A sensação se prende diretamente à impressão sensória, sem interferência do pensamento. O sentimento, no entanto, não é uma sensação no corpo, mas um estado de espírito resultante de um juízo sobre um fato ou uma coisa. Os sentimentos é que levam o homem à ação. O ser humano age de acordo com os seus sentimentos, atrativos ou repulsivos[2]. De acordo com os seus sentimentos, os seres humanos adquirem tendências de comportamento, inclinados a conduzir-se praticando atos isolados ou continuados.

1. *La coutume ouvrière*, Paris, 1913.

2. Goffredo Telles Júnior, *O direito quântico*, Max Limonad, p. 190.

A continuidade de atos gera os hábitos de uma pessoa, intelectuais, motores e morais. O hábito do estudo das ciências é intelectual. O hábito de fazer ginástica é motor. O hábito de praticar o bem é moral. Um sentimento moral de praticar o bem levou Leclaire, industrial da França, em Paris, no ano de 1827, a reunir os seus operários, na fábrica de sua propriedade, e distribuir-lhes o dinheiro de uma sacola, proveniente dos resultados do empreendimento durante o ano. Desse modo resultou a prática da participação dos empregados nos lucros da empresa. Um sentimento religioso de cultuar Deus originou a observância do repouso semanal por todos os povos. Um sentimento humanitário de proteção ao ser humano incapacitado para o trabalho levou o homem a socorrer o próximo e organizar caixas de assistência e socorros mútuos, mais tarde transformando-se em grandes sistemas previdenciários. Um sentimento de fraternidade nas festas de fim de ano levou alguns empregadores da Europa a presentear os empregados com utilidades, nascendo a prática que se transformaria nas gratificações natalinas.

Nem sempre, porém, o sentimento é bom.

A escravidão, prática universal, decorre de um sentimento de desigualdade entre os seres humanos. Não é outro o sentimento que gera o sistema feudal.

Como os hábitos de uma pessoa estão relacionados com os seus sentimentos, existem, assim, hábitos bons e hábitos maus. Os atos praticados por uma pessoa segundo os seus sentimentos criam hábitos individuais. Esses hábitos individuais, bons ou maus, podem influir nos atos praticados por outras pessoas que deles conheçam. Há um movimento ondulatório que difunde os hábitos de uma pessoa num grupo de pessoas. A causa dessa difusão encontra explicações não coincidentes. Para Savigny é a *Volksgeist*. Da vontade do povo resulta a aceitação de uma prática, tornando-se costume. Para Duguit é a *solidariedade social* e o *sentimento de justiça*. Para Geny é a *opinio necessitatis*. Para Tarde a causa é psicossocial, a *imitação*. Tarde ensina que muitas das influências que contribuem para a força da imitação são extralógicas. Há uma forma de "mímica" que desempenha o seu papel na formação dos costumes, exercendo uma espécie de influência hipnótica e uma força de atração. Acrescente-se a *consciência social*

de que fala Durkheim. Assim, a formação do costume é constatada mas não suficientemente explicada.

Os usos e costumes jurídicos, como sustenta Miguel Reale, exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo. Há "uma subconsciência social — por assim dizer — governando o aparecimento e a elaboração dos usos e costumes, tendo falhado todas as tentativas no sentido de subordinar esses processos a esquemas estereotipados"[3].

Os usos e costumes trabalhistas resultam de três fontes de produção que se mostram com amplitude diferente.

A primeira esfera de produção consuetudinária trabalhista e de menor dimensão é a empresa, na qual surgem usos que passam a ser observados e se tornam obrigatórios como decorrência da sua reiteração. Esses usos emanam de um ajuste tácito, não declarado ou formalizado pelas partes da relação jurídica de emprego, dotados de força jurídica que provém às vezes da própria lei.

No Brasil, as condições de trabalho tacitamente ajustadas obrigam as partes da relação de emprego. Tornam-se, portanto, norma jurídica que deve ser respeitada e sua obrigatoriedade é garantida pelo órgão jurisdicional.

O segundo âmbito no qual o processo de elaboração consuetudinária pode desenvolver-se é a *categoria econômica e profissional*. Em algumas categorias profissionais da França surgiu o hábito de reunião numa praça para discussão dos problemas de interesse dos seus integrantes, a Place de Grève, surgindo a prática da paralisação temporária do trabalho como recusa de participação no processo produtivo e meio de exercício de pressões tendentes a obter vantagens trabalhistas. Direitos trabalhistas nascem como consequência de práticas observadas em certas categorias, dos quais a gorjeta é exemplo típico.

A terceira fonte de produção de costumes trabalhistas com força jurídica é a *ordem trabalhista* e os comportamentos espontâneos nela ocorridos. A gratificação é um direito de origem consuetudinária. As convenções coletivas de trabalho, também. O trabalho marítimo en-

3. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 156.

controu nos costumes internacionais e nacionais as primeiras formas de regulamentação jurídica.

2. Absorção do costume pela lei e pela jurisprudência

A absorção do costume pela lei é uma consequência natural da experiência jurídica. A sociedade necessita de instrumentos mais seguros e formais de modelos jurídicos, nem sempre proporcionados pelo direito consuetudinário. A lei é a norma que os sistemas jurídicos contemporâneos preferem, embora não possa ser o único tipo de norma jurídica. A lei tem origem determinada; o costume surge de modo imprevisível e incontrolado.

Nos países da *common law* o processo jurisdicional complementa o processo consuetudinário, e o direito costumeiro obriga quando consagrado pelos *precedentes judiciais*. Na Inglaterra esse fenômeno é mais intenso. Não tanto nos Estados Unidos, onde prevalece o processo negocial e as lides trabalhistas dificilmente chegam aos tribunais.

A *common law* não é o direito proveniente do povo, mas o direito de elaboração jurisprudencial constituído pela casuística dos tribunais que aplicam as normas usadas na solução de casos anteriores. Talvez não seja apropriado dizer que esse direito tenha origem exclusivamente jurisprudencial. Os juízes formam os precedentes com base na experiência dos casos concretos em consonância com a realidade social. Mas também é impróprio entender que esse direito é eminentemente consuetudinário, porque depende das convicções do juiz e, em grande parte, da sua criatividade.

O sistema dos precedentes, como ensina Allen[4], baseia-se nas compilações das decisões judiciais, mas não só o juiz está vinculado relativamente à autoridade desses precedentes como também julgará com bastante liberdade, encontrando fundamentos acima desses precedentes.

Em alguns casos o juiz não encontrará nada que possa guiá-lo e terá de criar uma norma. Nessas ocasiões, decidirá com base em con-

4. Carleton Kemp Allen, *Las fuentes del derecho inglés*, trad., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969.

siderações que decorrem em grande parte da sua preparação profissional, e, embora a função do juiz seja interpretar e não legislar, a tarefa de interpretação afeta inevitavelmente o desenvolvimento do direito.

Considere-se, ainda, que "a variedade e algumas vezes as deficiências das compilações de casos podem levar a ambiguidades ou a erros sérios. O direito casuístico é de atuação irregular, já que deve depender dos acidentes do litígio. Não há certeza de que o juiz, ao decidir, tenha considerado todas as autoridades relevantes, e, com o aumento das compilações, torna-se cada vez mais difícil fazê-lo"[5].

O fenômeno da assimilação jurisprudencial do processo costumeiro é assinalado por Manuel Alonso Olea[6] ao ressaltar que a *common law* não é um direito trabalhista popular, mas um direito de elaboração jurisprudencial, um *case law*, cuja fonte está nas decisões judiciais.

A *common law* é interpretada como uma coleção de máximas, mas é bastante duvidoso afirmar que os costumes do povo geraram as regras dos juízes ou que as regras dos juízes geraram os costumes do povo. Ambas as influências fizeram-se sentir na formação do direito trabalhista da Inglaterra. Mais nítida tem sido essa transposição quanto a certos direitos como o aviso prévio e indenizações substitutivas do aviso prévio, que vêm sofrendo, para usar as mesmas palavras de Olea, verdadeiro assalto legislativo representado pelo *Contracts of Employment Act*, de 1963. Porém, todo o direito individual do trabalho inglês ainda encontra a sua base na *common law*.

Gayler[7], em estudo penetrante sobre o direito trabalhista inglês, mostra a origem consuetudinária de diversas das suas instituições e a crescente interpretação dos tribunais influindo na melhor definição dos seus significados.

3. Diferença entre costume e outras normas

O costume difere da lei pelo processo da elaboração, porque o direito consuetudinário trabalhista é produto espontâneo da vida social,

---

5. Allen, *Las fuentes*, cit., p. 529.

6. Prefácio à obra.

7. *Industrial law*, trad., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

nas suas manifestações reveladas no âmbito empresarial, profissional e grupal-comunitário. O direito legislado é produto técnico de um órgão próprio, o poder estatal. O costume tem uma formação lenta, e a lei é formada rapidamente. O costume não tem autor conhecido, e o direito legislado tem autor ou autores conhecidos. O costume é às vezes incerto e impreciso, enquanto o direito legislado é preciso e permite maior certeza. O costume precisa ser provado e a lei independe de prova, como regra geral.

Também o processo de elaboração distingue o direito costumeiro do direito negocial; este nascido de modo organizado, aquele fora de organizações, embora também possa resultar da prática entre organizações. O direito negocial tem um momento preciso a partir do qual passa a vigorar, enquanto o direito costumeiro não tem um momento definido a partir do qual torna-se obrigatório. O direito negocial coletivo é escrito em documentos denominados convenções coletivas de trabalho, ao passo que o direito costumeiro não é escrito, embora possa ser recolhido e publicado. As convenções coletivas nascem instantaneamente; já o costume trabalhista nasce sucessivamente. O costume não tem prazo certo de vigência, mas as convenções coletivas têm prazo de duração determinado.

A principal diferença entre o costume e as demais normas está na sua formalização. O costume é informal e não escrito. As demais normas jurídicas são formalizadas por escrito.

Capítulo VI

Tipos de normas

§ 28. Leis constitucionais

Sumário: 1. A subordinação do direito do trabalho ao direito constitucional. 2. Constituição do México (1917). 3. Constituição de Weimar (1919). 4. *Carta del Lavoro* (1927). 5. Aplicação da lei constitucional. 6. Tipos de constitucionalismo social. 7. Constituições dos Estados do Mercosul. 8. Conteúdo das leis constitucionais.

1. A subordinação do direito do trabalho ao direito constitucional

Quais são as relações entre *direito constitucional* e *direito do trabalho*?

Primeira, é uma relação fundada na ideia de *compromisso político* entre os grupos sociais que participaram da feitura da Constituição, de conteúdo ideológico, segundo uma perspectiva traduzida pelo constitucionalismo social, movimento de inclusão das normas jurídicas trabalhistas nas Constituições que elevou os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores ao plano das leis maiores dos Estados, como norma fundamental do ordenamento jurídico de um país.

Segunda, é uma relação de *hierarquia*. Essa relação revela-se em dois princípios fundamentais: o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade. A Constituição é a base sobre a qual encontram sustentação todas as demais instâncias normativas, subordinando-se aos seus comandos que, salvo expressa autorização do próprio texto constitucional, não podem dispor em contrário. É o que também acontece no âmbito trabalhista; as leis constitucionais vigoram como um patamar mínimo de direitos individuais dos trabalhadores e como for-

ma de organização do sistema das relações coletivas de trabalho. Não pode subsistir colisão entre as normas da legislação ordinária e as da Constituição. Não há contraposição possível entre elas. Os sistemas jurídicos preveem um controle rígido de constitucionalidade direta e indireta das normas que os integram, a primeira por meio de ações judiciais destinadas à declaração da inconstitucionalidade pelo órgão competente, a segunda de modo difuso em todos os processos judiciais submetidos aos órgãos integrantes da estrutura jurisdicional quando autorizados a declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade ou, simplesmente, deixar de aplicar a lei considerada incompatível com a Constituição.

Terceira, é uma relação de *complementaridade* de acordo com a qual as leis infraconstitucionais trabalhistas completam o ordenamento jurídico em dois sentidos principais. Regulamentam as normas da Constituição e tratam de matérias não abrangidas no âmbito constitucional. Assim, as leis trabalhistas ordinárias guardam uma relação de acessoriedade com as normas constitucionais**.** Estas funcionam como pisos, e não como tetos. Outros direitos subjetivos podem ser atribuídos aos trabalhadores nos diversos níveis normativos integrantes do ordenamento jurídico, e nada impede, no entanto, que, nestes, vantagens maiores ou não previstas venham a ser normatizadas, caso em que não haverá nenhuma violação da lei fundamental, salvo quando esta impedir que o sistema jurídico assim venha a dispor. Com essa perspectiva, a finalidade das demais normas é completar os princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição sempre de modo que seja observado o significado maior dos seus princípios com os quais tanto as demais disposições estatais como as que resultam da autonomia dos particulares devem manter uma homogeneidade de sentido segundo o escopo geral do sistema.

Quarta, é uma relação de *aproveitamento dos espaços vazios*. Se a Constituição declarar um princípio dependente de regulamentação infraconstitucional, a omissão do Legislativo poderá ser interpretada de dois modos diferentes: para alguns, será falta de vontade política do Estado para dar eficácia positiva ao tema em questão e, para outros, será omissão autorizante para que o Judiciário, pela jurisprudência, ou o Executivo, pelas normas administrativas, possam preencher os espaços que o legislador não ocupou.

As leis constitucionais pioneiras no direito do trabalho são a Constituição do México e a Constituição de Weimar, não se podendo omitir a *Carta del Lavoro* para o seu contexto.

2. Constituição do México (1917)

Denomina-se constitucionalismo social o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.

Inicia-se com a Constituição do México de 1917, à qual Trueba Urbina dedica o estudo *La primera Constitución político-social del mundo*, publicado em 1971 no México, no qual conceitua Constituição Social como "um conjunto de aspirações e necessidades dos grupos humanos que como tais integram a sociedade e traduzem o sentimento da vida coletiva, distintos dos da vida política".

O principal texto da Constituição do México de 1917 é o art. 123, com 31 incisos, nos quais se incluem o direito à jornada normal diária de 8 horas, jornada máxima noturna de 7 horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos e limitação a 6 horas para os menores de 16 anos, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, igualdade salarial, adicional de horas extras, proteção contra acidentes do trabalho, higiene e segurança do trabalho, direito de sindicalização, direito de greve, conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas, indenização de dispensa, seguros sociais etc.

Há um texto de Mario de la Cueva[1] no qual o autor coloca com precisão o exato papel cumprido pela Constituição mexicana: "É indubitável que o nosso art. 123 marca um momento decisivo na história do direito do trabalho. Não queremos afirmar que tenha servido de modelo a outras legislações, nem que seja uma obra original, senão, apenas, que é o passo mais importante dado por um país para satisfazer às demandas das classes trabalhadoras. Seria inútil empenhar-se em encontrar repercussões que não teve: a Europa não conheceu, em

1. *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1960, p. 120.

termos gerais, nossa legislação. A promulgação da Constituição alemã de Weimar, unida à excelente literatura que desde o princípio produziu, fez com que a atenção do mundo se fixasse principalmente sobre ela. A falta quase total de estudos sobre o direito mexicano contribuiu também para que fosse ignorado; apenas uma ou outra referência se encontra nos autores franceses e, sobretudo nos espanhóis. Tampouco é nosso art. 123 completamente original. A exposição histórica comprova que os legisladores mexicanos inspiraram-se em leis de diversos países, França, Bélgica, Itália, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia, de tal maneira que a maior parte das disposições que nela foram consignadas eram conhecidas em outras nações. Mas a ideia de fazer do direito do trabalho um mínimo de garantias em benefício da classe economicamente fraca e a de incorporar essas garantias na Constituição, para protegê-las contra qualquer política do legislador ordinário, são próprias do direito mexicano, no qual pela primeira vez foram consignadas".

3. Constituição de Weimar (1919)

A Constituição de Weimar de 1919 também contém um conjunto de preceitos trabalhistas considerados por muitos como base das novas democracias sociais.

"Constituição de Weimar: *Art. 156*. O Estado pode, mediante uma lei, desde que assegure uma indenização e aplicando por analogia as disposições sobre expropriação, socializar as empresas privadas em benefício da coletividade. O Estado pode participar, fazer participar os Estados ou Municípios da administração de empresas ou sociedades econômicas ou assegurar sua influência na administração das mesmas. O Estado pode, ademais, em caso de urgente necessidade, reunir em uma só unidade autônoma empresas ou sociedades, com o fim de assegurar a colaboração de todos os fatores da produção, fazendo participar os trabalhadores e patrões da sua administração e regulamentando, de acordo com os princípios coletivistas, a produção, criação, distribuição, emprego e preço dos produtos, assim como sua importação e exportação. As cooperativas de produção e consumo e suas uniões, a pedido das mesmas, devem ser incluídas na forma coletiva de exploração, tendo em conta sua constituição e caracteres. *Art. 157*. O trabalho está colocado sob a proteção particular do Estado. O Estado criará um direito unitário do trabalho. *Art. 158*. O trabalho intelectual, os direitos de autor, de inventores e de artistas gozam da proteção do Estado. As criações científicas, artísticas e técnicas deverão ser protegidas igualmente no estrangeiro mediante tratados internacionais. *Art. 159*. A liberdade de coalizão para a defesa e melhoria das condições de trabalho e de produção fica garantida para

todas as profissões. Todo convênio ou medida que venha a impedi-la ou limitá-la é nulo. *Art. 160*. Os empregados e obreiros têm direito, contanto que não se prejudique gravemente a negociação, de desfrutar do tempo livre necessário para desempenhar as funções públicas honoríficas que lhes sejam confiadas. A lei determinará em que medida conservarão o direito de perceber salário. *Art. 161*. O Estado organizará, com o concurso adequado dos segurados, um sistema de seguros para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade e a previsão contra as consequências econômicas da velhice, da invalidez e dos acidentes. *Art. 162*. O Estado procurará a implantação de uma regulamentação internacional do trabalho que garanta à classe obreira de todo o mundo um mínimo de direitos sociais. *Art. 163*. Todo alemão tem, feita a ressalva de sua liberdade pessoal, a obrigação de empregar sua força intelectual e material de trabalho na forma que o exija o bem-estar coletivo. A todo alemão deve dar-se a oportunidade de adquirir, mediante seu trabalho, o necessário à subsistência. A lei regulamentará os detalhes particulares. *Art. 164*. A legislação e a administração deverão proteger a classe média agrícola, industrial e comercial, evitando que seja sobrecarregada com impostos. *Art. 165*. Os obreiros e empregados têm o direito de colaborar em pé de igualdade com os empresários na fixação do salário e das condições de trabalho, bem como na determinação da forma em que deverão desenvolver-se as forças econômicas de produção. As organizações de trabalhadores e patrões ficam reconhecidas. Os obreiros e empregados estarão representados em seus conselhos de empresa, nos que se formem nas regiões econômicas e no conselho de trabalho do Estado, para a defesa dos seus direitos econômicos e sociais."

A Constituição de Weimar foi o modelo das Constituições europeias em matéria de direitos sociais (Mario de la Cueva).

É apreciável a sua influência na elaboração do direito positivo.

Absorveu as novas ideias decorrentes dos princípios que eram institucionalizados, inclusive a intervenção do Estado na defesa dos trabalhadores. Para Mario de la Cueva, representa não só o intervencionismo estatal, mas também um "socialismo de Estado e, em consequência, a possibilidade de melhorar coletivamente as condições de vida dos homens. Em seu tempo foi o direito mais avançado da Europa". Põe o trabalho sob a proteção do Estado. Dispõe-se à organização de um direito unitário do trabalho. Garante a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de produção. Permite a participação do trabalhador no processo político. Reafirma as normas de seguros sociais. Promove a integração do trabalhador na empresa e o seu direito de participar na fixação do salário e das demais condições de trabalho. Institui os conselhos de empresa, órgãos de gestão empresarial.

Trata-se, portanto, de um documento no qual o trabalho recebe nova colocação no plano constitucional, daí o seu maior significado para a história do direito do trabalho. Sobre a sua expressão, num confronto com as Constituições modernas, diz Pierre Lavigne[2]: "Ela fixou os princípios fundamentais que podem reger o direito da classe obreira nas democracias capitalistas. Aos poucos, todos os seus princípios foram reproduzidos pelas Constituições modernas e todos Estados democráticos... Todas as Constituições democráticas afirmam o dever do Estado de proteger o trabalho; o Estado afirma que ele deve elevar o trabalho humano à dignidade de bem social cuja preservação é do interesse da coletividade. Esta ideia não é nova, ela é o corolário dos princípios afirmados na França em 1848, mas sua expressão é nova...".

4. "Carta del Lavoro" (1927)

A *Carta del Lavoro* da Itália é o documento fundamental do corporativismo peninsular e das diretrizes que estabeleceu para uma ordem política e trabalhista centralizada segundo uma forte interferência estatal.

A influência do corporativismo no direito do trabalho prende-se ao próprio tipo de estrutura político-social de que se reveste o Estado.

Segundo o princípio corporativo econômico da *Carta del Lavoro* italiana, "il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale...". Por força dessa proposição que contém um princípio de integração dos fins econômicos entre os fins do Estado, os produtores e as suas associações são transformados em órgãos da política econômica estatal, o que importa na responsabilidade pública dos empreendedores, na colaboração, institucionalmente assegurada, entre a categoria profissional e econômica e a estruturação jurídica de órgãos que permitam a realização desses fins.

A empresa, no sistema corporativo, continua com as relações que se desenvolvem no seu âmbito e ao seu redor, sujeita às normas de direito privado. Porém, o empresário terá uma responsabilidade de

2. *Le travail dans les Constitutions françaises*, Paris, 1948.

direito público porque o corporativismo considera a organização privada da produção como missão de interesse nacional e responsabiliza a empresa perante o Governo, pela sua produção (*Carta del Lavoro*, n. VII). Os sindicatos são reunidos em instituições maiores e complexas, unificadas por um supremo órgão diretivo do Estado como resultado de um propósito de unificação e não de contraposição dos interesses divergentes entre empregados e empregadores.

Na organização corporativa, a *categoria profissional*, isto é, os componentes do ordenamento corporativo, não são todos os cidadãos, mas apenas os *produtores*. São considerados produtores os *empregados* das diferentes categorias econômicas, agrícolas, industriais e comerciais, os *trabalhadores* subordinados ou autônomos, intelectuais ou braçais, de funções administrativas ou técnicas e, também, os profissionais liberais. São excluídos os funcionários públicos.

As categorias profissionais são reunidas em *associações sindicais* submetidas ao controle do Estado e segundo o princípio do *sindicato representativo único reconhecido*. Assim, empregadores, trabalhadores e profissionais liberais são enquadrados nas respectivas associações, os sindicatos dependem de reconhecimento do Poder Público e não pode haver mais de um sindicato reconhecido com poderes legais de representação da categoria respectiva. Os sindicatos podem reunir-se em federações e confederações. No corporativismo não há o sindicalismo misto, ou seja, patrões e empregados filiados a um só e mesmo órgão sindical, mas sim a entidades diferentes para cada categoria profissional ou econômica. Os fins dos sindicatos são os normais: assistência, educação etc.

As corporações são diferentes e constituem órgãos diretamente criados pelo Estado que se inserem na sua própria estrutura, formados com características colegiadas e prevalecentemente representativas desses sindicatos e da força política e cultural da nação. São órgãos da política econômica do governo, reunindo em um só colégio os vários elementos de um dado ramo produtivo. Delas fazem parte os representantes exponenciais das grandes organizações econômicas, os elementos do governo e do partido político, objetivando-se realizar a fusão entre a economia e a política. Além de um Conselho Nacional de corporações, existem órgãos corporativos menores criados por lei.

A experiência corporativa, hoje não mais existente na Itália, também se desenvolveu em outros países, deixando marcas que estão presentes, inclusive nos sistemas sindicais que são totalmente dependentes do Estado, decorrência de um princípio de sindicalismo de direito público e não de direito privado. Uma das suas repercussões que também se difundiriam fez-se sentir sobre o Código de Processo Civil da Itália, de 1940, que confere à magistratura do trabalho poderes para decidir normativamente os conflitos coletivos de trabalho, orientação que veio a ser afastada da legislação peninsular posterior.

5. Aplicação da lei constitucional

Preceitos constitucionais *próprios* ou *assimilados*, segundo se apresentam numa Constituição formalmente assim considerada, como na alemã de Weimar, ou em leis às quais se dá o caráter constitucional, como nos *Fueros del Trabajo y de los Españoles* e na *Carta del Lavoro*, compõem o quadro amplo das normas fundamentais trabalhistas.

A doutrina tradicional classificou as leis constitucionais em *programáticas*, *autoexecutáveis* e *não autoexecutáveis*. *Programáticas* quando enunciam princípios gerais, como "o trabalho é uma obrigação social" ou "é assegurada a liberdade sindical". *Autoexecutáveis* quando completas e em perfeitas condições de imediata aplicabilidade, como "é proibido o trabalho de menores de 14 anos de idade". *Não autoexecutáveis*, quando dependem de lei ordinária que as completa, dando-lhes vida e condição de realização, com o indicativo do *modus faciendi* concreto, como "participação dos trabalhadores nos lucros das empresas".

A doutrina moderna, partindo do pressuposto de que todas as leis constitucionais são dotadas de eficácia, adota classificação tricotômica, como se vê em José Afonso da Silva e Celso Ribeiro Bastos. Há normas de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*; normas de *eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrições*; e normas de *eficácia limitada* cuja estruturação definitiva o legislador deixou para providência ulterior.

A prática mostra que a constitucionalização do direito do trabalho garante mais a liberdade social e provoca a sua evolução, como faz sentir com o peso da sua autoridade o jurista francês Paul Durand. Favorece, ainda, a codificação do direito trabalhista.

Acrescentamos que é indispensável numa ordem jurídica que se proponha a enumerar os principais direitos fundamentais do homem, entre os quais se encontram os direitos da pessoa operária — expressão de Jacques Maritain —, e que, de outro lado, pretenda assumir uma atitude neoliberalista. Basta lembrar que nem mesmo a Declaração Universal dos Direitos do Homem mostra-se indiferente ao problema. Mas há Constituições *omissivas*, que nada dispõem sobre direito do trabalho — por exemplo, Estados Unidos —, Constituições *prescritivas sintéticas* com espaço mínimo — por exemplo, Japão — e Constituições *prescritivas analíticas* com amplo espaço — por exemplo, Portugal, Peru etc.

As Constituições brasileiras têm declarado direitos trabalhistas como uma tradição do seu sistema jurídico. A Constituição de 1934 dedicou, ao tema, parte do capítulo sobre a ordem econômica e social, no qual, pela primeira vez, as normas de direito do trabalho ganharam dimensão constitucional.

A Constituição de 1937 imprimiu forte interferência na organização sindical ao proibir a greve, como recurso nocivo e contrário aos interesses da economia, expressando a ideia de um Estado Novo altamente dirigista.

A Constituição de 1946, ainda entre os princípios da ordem econômica e social, flexibilizou o direito do trabalho, dando-lhe caráter menos rígido, embora mantendo vínculos fortes entre o Estado e a organização sindical; foi sob a sua vigência que a Justiça do Trabalho, até então administrativa, foi incluída como órgão do Poder Judiciário.

Em 1967 entrou em vigor nova Constituição, emendada em 1969, incorporando alguns dos princípios defendidos pela Revolução de 1964; estabeleceu, como alternativa para o regime da indenização de dispensa sem justa causa e a estabilidade decenal, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A Constituição de 1988 modificou os direitos sociais, incluídos não mais como parte da ordem econômica e social, mas entre os *direitos e garantias fundamentais*, abriu espaço maior mesmo que o necessário para os direitos trabalhistas, expandiu a organização sindical e fixou regras de organização e competência da Justiça do Trabalho.

6. Tipos de constitucionalismo social

Entre os diferentes tipos de *constitucionalismo social* — expressão que significa o movimento de inclusão dos direitos trabalhistas nas Constituições — impõe-se a escolha daquele que melhor atenda aos imperativos da sociedade pós-industrial.

O *constitucionalismo pioneiro*, da França (1848), da Suíça (1874), do México (1917), este mais amplo, e de Weimar (1919), que repercutiu na Europa, foi o precursor, iniciando uma nova fase no direito constitucional, como direito não só de garantias fundamentais individuais, mas também sociais do trabalhador.

O *constitucionalismo corporativista* estatal da Itália da *Carta del Lavoro* (1927), com repercussões em outros países, corporifica a ideia da intervenção do Estado, limitativa dos direitos coletivos, contrária à liberdade sindical e à autonomia coletiva dos particulares.

O *constitucionalismo democrático* da Itália (1947) e da Espanha (1978) é anticorporativista, defende esses dois princípios básicos das relações de trabalho contemporâneas, o da livre organização sindical e o da liberdade para a negociação coletiva entre os interlocutores sociais.

Expandiu-se o *constitucionalismo social* na América Latina, exemplificando-se com as Constituições do Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992 e 2002), Argentina (1994) e Uruguai (1967).

7. Constituições dos Estados do Mercosul

No âmbito do Mercosul, a comparação entre as Constituições dos países fundadores revela quanto à matéria por elas tratada o seguinte quadro atual.

A de maior amplitude é a do Brasil, seguindo-se a do Paraguai e, depois, Argentina e Uruguai.

Quanto aos temas tratados estão o direito de associação sindical (todas), restringindo-o, quanto às Forças Armadas, o Paraguai e o Brasil; direito à negociação coletiva (Argentina, Brasil e Paraguai); direito de greve (todas); representação dos trabalhadores no local do

serviço (Brasil); limitação da jornada de trabalho (todas); repouso semanal remunerado e férias (todas); justo salário (Argentina, Uruguai e Paraguai); igualdade salarial (Argentina e Brasil); participação nos lucros ou resultados e na gestão da empresa (Argentina e Brasil); proteção contra dispensa arbitrária (Argentina, Brasil e Paraguai); estabilidade do dirigente sindical (Argentina e Brasil); proteção ao trabalho da mulher e do menor (Brasil, Paraguai e Uruguai); princípios contra discriminações no trabalho (Brasil e Paraguai); indenização (Brasil e Paraguai).

A Constituição do Brasil (1988) é a que tem maior número de direitos trabalhistas.

Prevê os seguintes, não constitucionalizados pelos demais países: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; indenização de 40% na dispensa sem justa causa; salário mínimo; pisos salariais; irredutibilidade do salário; décimo terceiro salário; adicional noturno; proteção do salário; salário-família; jornada de 6 horas em turnos ininterruptos de revezamento; acréscimo de 1/3 na remuneração das férias; 50% de adicional de horas extraordinárias; adicional por trabalho penoso; licença-gestante; licença-paternidade; aviso prévio proporcional; creches; prescrição; indenização por acidentes de trabalho; proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre para menores de 18 anos; proibição do trabalho para o menor de 16 anos; direitos do trabalhador avulso; direitos do trabalhador doméstico.

8. Conteúdo das leis constitucionais

É possível dizer que, quanto ao *conteúdo*, as normas constitucionais trabalhistas são *preceituais, de organização e de garantias individuais*.

São *preceituais* as normas de *valorização do trabalho*. A Constituição Federal de 1988 do Brasil declara princípios e normas gerais relacionados com o direito do trabalho, com os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (art. 170), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), o livre exercício do trabalho, ofício e profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII), os direitos sociais

(art. 6º), como a seguridade social (art. 194), a proteção à saúde (art. 196), a educação e a formação de mão de obra (arts. 205 e 214, IV), a cultura (art. 216), o desporto (art. 217), a proteção ao meio ambiente (art. 225), à família, criança, adolescente e idoso (art. 226), os direitos individuais (art. 7º), os direitos coletivos (art. 8º), o direito de sindicalização e greve também aos servidores públicos civis (art. 37, VI e VII), o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVII), o efeito imediato da lei (art. 5º, LXXVI), a igualdade, em direitos e obrigações, de homens e mulheres (art. 5º, I), a Justiça do Trabalho (art. 111), a organização, manutenção e execução da inspeção do trabalho (art. 22, XXIV) e a Procuradoria da Justiça do Trabalho (arts. 127 e 128).

A natureza primordial do trabalho foi declarada, entre outras, pelas Constituições da República Popular da China (1982), ao dispor que "o trabalho constitui um honroso dever de todos os cidadãos aptos a fazê-lo" (art. 42); da Itália (1948), proclamando que "a Itália é uma República Democrática, fundada no trabalho" (art. 1º); e da Rússia (1977), ao declarar que "a fonte de crescimento da riqueza social, do bem-estar do povo e de cada homem soviético é o trabalho dos soviéticos, livre da exploração" (art. 14).

Entre as Constituições que expressamente ordenam a proteção do trabalho estão a do Uruguai (1967), ditando que "o trabalho está sob a proteção especial da lei" (art. 53); a da Argentina (1853), ao dispor que "o trabalho em suas diversas formas gozará da proteção das leis" (seguem-se as garantias dos trabalhadores — art. 14 *bis*); e a do Paraguai (1967), ao pronunciar que prevê que "o trabalho será objeto de proteção especial e não estará sujeito a outras condições que as estabelecidas para melhorar a situação material, moral e intelectual do trabalhador" (art. 105).

Enumerem-se algumas Constituições que consideram o trabalho um direito, um dever, ou ambos: a da Espanha (1978), segundo a qual "todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre escolha da profissão e ofício, à promoção por meio do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e as de sua família, sem que em nenhum caso se possa fazer discriminação em razão do sexo" (art. 35.1); a de Cuba (1976), ao enunciar que "o

trabalho na sociedade socialista é um direito, um dever e um motivo de honra para o cidadão" (art. 44); a do Japão (1946), ao pronunciar que "todos terão o direito e a obrigação de trabalhar" (art. 27); e a de Portugal (1976), sentenciando que "todos têm direito ao trabalho" e "o dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho, exceto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez" (art. 59). A Constituição da Colômbia, de 1991, no preâmbulo, declara "la importancia del trabajo". No art. 1º, declara: "Colômbia é um Estado Social de Direito, organizado sob a forma de República unitária,... fundada no respeito da dignidade humana, no trabalho e na solidariedade entre as pessoas que a integram e na prevalência do interesse geral"; no art. 25, dispõe que o trabalho "goza, em todas as suas modalidades, de especial proteção do Estado".

Há Constituições que garantem a livre escolha de profissão, como a da República Federal da Alemanha (1949), ao proclamar que "todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem" (art. 12.1); a do Chile (1981), dispondo que "toda pessoa tem direito à livre contratação e à livre escolha do trabalho com uma justa retribuição" (art. 16), e a da Itália (1948), ao pronunciar que "cada cidadão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade" (art. 4º).

São de *organização*, além das destinadas a definir estruturas e competências dos órgãos estatais, as normas que garantem o sistema, entre as quais as que definem as *relações coletivas de trabalho quanto à organização sindical, autonomia privada coletiva e autotutela do trabalhador*.

Assim como há, quanto ao *direito do trabalho em geral*, Constituições *omissivas e prescritivas*, o mesmo acontece quanto à organização, à ação sindical e ao direito coletivo do trabalho enquanto conjunto de normas de organização do sistema. Omissivas são as Constituições que nada dispõem sobre direito sindical, como a dos Estados Unidos da América. Prescritivas são as que incluem princípios e normas de direito sindical, subdividindo-se em sintéticas e analíticas. Sintéticas são as que, sucintamente, contêm alguns poucos princípios.

A Constituição do Japão (1946), numa frase (art. 28), declara: "O direito dos trabalhadores de organizar-se, de celebrar acordos e agir

coletivamente é reconhecido". A Constituição da França (de 1958, com alterações em 1960, 1963 e 1976) declara (art. 34): "A lei prescreve os princípios fundamentais sobre: o direito do trabalho, o direito sindical e a segurança social". Mais resumida não poderia ser, o que não quer dizer que não tenha valorizado o direito sindical. A Constituição do Uruguai (1967) é mais ampla (art. 57): "A lei promoverá a organização de sindicatos gremiais, atribuindo-lhes franquias e ditando normas para reconhecer-lhes personalidade jurídica"; "declara-se que a greve é um direito gremial. Sobre esta base se regulamentará seu exercício e efetividade". A Constituição da Itália (1948) declara (art. 39): "A organização sindical é livre". A da Espanha (1978) também respalda a liberdade sindical, como o direito de formar sindicatos, de a eles filiar-se, de constituir confederações e fundar organizações internacionais.

As Constituições dos países socialistas, hoje em modificação, dão importância aos sindicatos. Porém, não enfatizam a autonomia dos sindicatos perante o Estado e o seu papel na sociedade. Esse papel já é preestabelecido. O sindicato tem função político-ideológica, pedagógica do regime político. Sua presença, na ordem legal, tem um sentido integrativo no Estado, do qual participa diretamente e ao qual se relaciona, cumprindo diretrizes estabelecidas pelo partido político, que, por sua vez, exerce grande influência sobre a central sindical. Nesse modelo, o sindicato não é contestativo do Estado, não diverge deste, porque, de acordo com o princípio de poder, o sindicato também é parte integrante do poder estatal.

São de *garantias individuais* as normas constitucionais trabalhistas que dispõem sobre *direitos fundamentais dos trabalhadores*, entre as quais a Constituição do México (1917), a de Portugal (1976), a da Venezuela (1961), a da Espanha (1978), a da França (1958), a do Japão (1946), a do Paraguai (1967) e a do Uruguai (1967).

Não há uniformidade no elenco de direitos individuais garantidos, mas, de modo geral, são os seguintes: *proibição da discriminação*, como nas Constituições do Brasil (1988), Peru (1993) e Paraguai (1992); *igualdade de oportunidades* para os trabalhadores, como nas Constituições da Argentina (1994) e Bolívia (1994); salário mínimo, como nas Constituições do Brasil (1988), Bolívia (1994), Paraguai (1992) e Argentina (1994); *irrenunciabilidade dos direitos*, como nas

Constituições da Bolívia (1994), Peru (1993) e Paraguai (1992); *proteção à maternidade*, como nas Constituições do Brasil (1988), Bolívia (1994) e Peru (1993); *proteção ao trabalho do menor*, como nas Constituições do Brasil (1988), Bolívia (1994) e Peru (1993); *proteção do direito à intimidade*, como na Constituição do Paraguai (1992); *limitação da jornada de trabalho*, como nas Constituições do Brasil (1988) e Paraguai (1992); *jornadas menores para o trabalho insalubre*, como nas Constituições do Paraguai (1992) e Argentina (1994); *férias*, como nas Constituições da Argentina (1994) e Brasil (1988); *proteção contra dispensa arbitrária*, como nas Constituições do Brasil (1988), Paraguai (1992) e Argentina (1994); *participação do trabalhador nos lucros da empresa*, como nas Constituições da Argentina (1994) e Brasil (1988).

§ 29. Leis infraconstitucionais

Sumário: 1. Competência para legislar. 2. Simetria, assimetria e a autorização do art. 22, parágrafo único, da Constituição. 3. As bases da nossa legislação. 4. A questão da inderrogabilidade da lei trabalhista. 5. As leis trabalhistas como leis de ordem pública social. 6. Classificação das leis.

1. Competência para legislar

A elaboração das leis pelo Estado é fenômeno que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*v. Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, 2003) denomina *legiferação governamental* para abranger não apenas as leis aprovadas pelo Poder Executivo, mas também, como acontece no direito atual, outras formas como as medidas provisórias e os atos normativos do Poder Executivo.

Para o autor, esse fenômeno ocorria de modo disfarçado, por artifícios que procuravam preservar a tripartição dos Poderes, contudo no período contemporâneo ocorre de modo aberto não só no Brasil, mas, em outros países, é um processo que deve ser compreendido com essas ressalvas, mas sem a perda da noção fundamental de que lei é ato do Poder Legislativo.

A divisão de competência legiferante depende em grande parte do tipo de Estado, porque num Estado unitário é centralizada, e num Estado Federal, como o nosso (CF, art. 1º), formado pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, é da União, mas, mediante lei complementar que autorize para questões específicas, é, também, de cada Estado-membro.

Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho (CF, art. 22, I), mas "lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas" de direito do trabalho (CF, art. 22, parágrafo único), expressão do Estado Federativo e nos casos autorizados por Lei Complementar federal, como o piso salarial estadual aprovado por alguns Estados-membros.

2. Simetria, assimetria e a autorização do art. 22, parágrafo único, da Constituição

Somos um país que, com todo acerto, como muitos dizem, é continental, e realmente o é, em dimensões, com variedade de situações regionais, de densidade trabalhista e demográfica, avanço tecnológico, condição social das pessoas e possibilidades potenciais de um Estado, econômicas e culturais, que não são as mesmas de outro Estado.

O Brasil é uma federação, nossa lei trabalhista, aprovada pela União, vigora em todo o território nacional. Porém, a eficácia da lei fica prejudicada quando atua em um meio geossocial para o qual não está totalmente apta para realizar os seus objetivos porque, por exemplo, o que serve para o Amazonas com os seus problemas de desmatamento da floresta e corte de árvores nem sempre será o adequado para São Paulo que não tem o mesmo tipo de questão ou a tem em menor escala conquanto nos dois Estados existam problemas de desenvolvimento agrícola e relações de trabalho rural.

O Rio Grande do Sul em nada se parece com o Amazonas e seu trabalho rural desenvolve-se num duplo sentido, industrial e tecnológico, de um lado, e agrícola e pastoril, de outro lado, num exemplo magnífico, para o Brasil, de história, civilidade e qualificação da sua força de trabalho. O Piauí concentra boa parte da força de trabalho no funcionalismo público. São Paulo tem um número de trabalhadores maior que os demais Estados. As distâncias percorridas por um trabalhador que reside numa cidade com a extensão de São Paulo para ir da sua residência para o local de trabalho e retornar, em quase todos os casos, são enormes. Certas áreas da atividade econômica encontraram acentuado avanço tecnológico. O setor de serviços supera o industrial. É grande o número de empresas de *call-center* — uma delas com 75 mil empregados.

Inúmeras são as formas de terceirização. Há enormes cadeias produtivas. Não há apenas o tipo de trabalho no qual as partes se vinculam mediante um tipo de vínculo contratual: o contrato de trabalho por tempo pleno e indeterminado, o mesmo dos operários do início da Revolução Industrial. Coexistem múltiplas formas de exercício profissional. Surge, diante desse quadro de diversidade, o problema do federalismo e a legislação trabalhista.

Os estudos sobre federalismo, como o de Enric Fossas e Ferran Requejo (*v. Asimetría federal y Estado plurinacional:* el debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España, Ed. Trotta, 1999), não deixam de assinalar a insuficiência das diversas maneiras com que cada Estado-membro de um sistema federal pode relacionar-se com o conjunto a que se vincula, com a autoridade central e com cada um dos demais Estados-membros.

Todavia, a *relação federal*, num plano real e não meramente formal, significa algo muito diferente para cada um dos participantes do sistema. Entre os distintos Estados de uma União federal combinam-se fatores culturais, econômicos, sociais e políticos que produzem variações na conexão simbólica existente entre esses Estados no sistema. O referido estudo propõe dois conceitos para equacionar os problemas contemporâneos: a noção de *simetria* para designar o que há de comum nos Estados federados, e a noção de *assimetria* para expressar a dimensão em que os Estados não participam em comum do conjunto do sistema federal.

A relação assimétrica ou simétrica de um Estado depende da sua participação em pautas sociais, culturais, econômicas e políticas, características do sistema federal de que se formam as suas partes.

Para que se chegue a uma conclusão sobre essa participação, da qual resultará o enquadramento do Estado em relação ao todo e aos demais Estados, o estudo deve iniciar-se pelos enfoques que predominam em cada Estado. A essência do federalismo consiste no fato de o controle sobre os assuntos locais estar reservado às próprias localidades. A ideia federal é, assim, uma ideia de soberania compartilhada, que responde em todo momento às necessidades e à vontade do povo, no qual, em última instância, reside a soberania. Sob essa perspectiva, é possível concluir que, se não há, entre regiões do Brasil, uma assi-

metria no rigor do termo, há, no entanto, muitos sinais evocativos de sua presença.

Os tipos de contratos de trabalho que interessam mais a determinada região do Brasil não despertam o mesmo interesse em outras regiões.

O art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 dispõe que "lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo", ou seja, o Estado federado pode legislar sobre direito do trabalho desde que autorizado por lei complementar e nas matérias por esta indicadas, como já se faz com pisos salariais, ferramenta que em alguns Estados poderia ter uma utilização maior do que a atualmente registrada. A lei federal (CLT) é omissa ou inadequada em muitos casos.

Exemplifiquem-se, entre outros, temas que podem ter ou um tratamento diferenciado ou sobre os quais *a CLT é omissa,* o que justifica a hipótese do art. 22, parágrafo único, da Constituição:

1) flexibilização da legislação da micro e pequena empresa;

2) regras para o trabalho eventual sem vínculo de emprego e direitos desses trabalhadores;

3) tipos de contratos individuais de trabalho diferentes do empregado, o do não empregado que trabalha a título de colaboração e sem subordinação para uma empresa, o teletrabalhador e o contratado para um projeto;

4) diretores e altos executivos da empresa multinacional no Brasil;

5) regulamentação do uso dos meios de vigilância à distância nas grandes unidades produtivas;

6) o atendimento dos interesses da gestão empresarial nos momentos de crise econômica, reorganização da empresa e modificações em suas técnicas produtivas;

7) a regulamentação da dispensa coletiva e do Programa de Demissão Voluntária;

Estão, em resumo, ordenadas as três questões básicas: a) a competência do Estado federado para, de modo complementar e autorizado pelo legislativo federal, legislar sobre direito do trabalho; b) as si-

tuações que autorizam essa competência restrita, evidentemente, as lacunas de lei federal e diante da assimetria de situações locais; c) os principais temas a respeito dos quais é possível, enquanto omissa a lei federal, a atuação complementar do Estado federado.

3. As bases da nossa legislação

As bases da nossa legislação fixam-se na concepção corporativista, já abandonada em outros países. Uma das principais preocupações desse período, e que não pode ser afastada, está em criar uma *blindagem* do trabalhador — na época da primeira questão social — diante do seu envolvimento no processo produtivo da Revolução Industrial do século XVIII.

Criou-se um conjunto de leis centralizadas em três ideias básicas: a *inderrogabilidade absoluta da lei,* a configuração de *um tipo padrão de contrato de trabalho* para o operário de fábrica inserido num sistema de produção de bens em linha de produção, que exigia uma contratação por tempo indeterminado e em jornada fixa horária, e o *binário autonomia-subordinação* como as duas grandes áreas do trabalho humano.

Em seguida, edificou-se uma teoria a partir de um conjunto de princípios derivados do preceito protetor clássico, em sua formulação tradicional: a *prevalência da norma favorável ao trabalhador*, princípio de hierarquia para solucionar o problema da aplicação das normas jurídicas trabalhistas; o *princípio da condição mais benéfica,* que tem a função de resolver o problema da aplicação da norma jurídica trabalhista no tempo; o *in dubio pro operario*, como princípio de interpretação das normas integrantes do ordenamento jurídico; e o *princípio da irrenunciabilidade* dos direitos trabalhistas. Esses princípios clássicos estão em mutação na sociedade pós-industrial e, embora permaneçam, têm sido em outros países atualizados.

4. A questão da inderrogabilidade da lei trabalhista

A lei trabalhista é inderrogável.

Como interpretar a assertiva?

A questão social e a fragilidade do operário de fábrica do princípio da sociedade industrial, contrastantes com o correspondente poder diretivo do empregador, geraram tal situação de desequilíbrio entre os sujeitos que figuravam no contrato de trabalho que motivou a criação de uma disciplina especial nos sistemas jurídicos, destacada do direito civil e dos seus tipos de contratos, cercada de princípios voltados para uma direção contrária a essa situação. Assim, um dos aspectos da maior importância no sentido de estabelecer uma moldura protetiva do operário foi a limitação da autonomia e a prevalência da lei sobre a vontade das partes do contrato, com restrições à própria liberdade contratual do empregado, no pressuposto de que nem sempre ele seria capaz de entender o ato jurídico que estaria praticando em seu detrimento, para atender às exigências do empregador.

Não bastaria a lei outorgar direitos ao empregado. Era preciso mais. Não só a lei não poderia ser alterada pela vontade das partes, mas também as manifestações de vontade do operário — da época do direito do trabalho como *direito operário* — não tinham nenhum valor jurídico quando prejudiciais a ele — *in pejus.*

Para que tal objetivo pudesse ser alcançado, a doutrina criou um conceito importante para o direito do trabalho. O conceito de leis de *ordem pública absoluta*, que o direito do trabalho foi buscar no direito público, migrando-o para o sistema legal trabalhista, passou a desempenhar um papel importante como meio de fazer com que a lei trabalhista fosse eficaz.

Para esse fim é elucidativa a doutrina francesa, como mostra tese de Nadège Meyer (*v*. *L'ordre public en droit du travail:* contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, 2006), da Universidade de Toulouse, onde são mostradas as relações entre ordem pública e a natureza indisponível dos direitos trabalhistas por acordos derrogatórios do direito privado.

Do conceito de ordem pública absoluta, a teoria francesa passou para a ideia de ordem pública social, mais flexível, quando concluiu que, se de ordem pública absoluta fossem todas as leis trabalhistas, esse conceito colidiria com a possibilidade da sua modificação, tanto *in melius* como *in pejus*, e às vezes essas alterações acontecem no direito do trabalho, principalmente as primeiras, pela via da negociação coletiva.

O tema envolve o estudo das relações entre os indivíduos e a sociedade em face da necessidade de um mínimo de organização nessa dinâmica. É fácil entender que *ordem* se contrapõe a *desordem*, e que aquela deve ser a regra nas ciências do comportamento humano, porque até mesmo nas leis físicas procura-se determinada ordem. Diante da vida em sociedade, as leis visam igualmente a criar condições para relações entre pessoas e grupos numa dimensão de ordem.

Como o direito do trabalho trata de bens socialmente relevantes, como a saúde, a vida, a integridade física e a moral do trabalhador, e como o trabalho é uma constante da vida dos povos, o direito do trabalho, embora direito privado, por alguns foi considerado direito público, o que facilitou a afirmação da inderrogabilidade das suas leis, entendendo-se, portanto, pela impossibilidade de acordos derrogatórios dos seus comandos.

A tese, todavia, se encontrou respaldo em algumas áreas, em outras não foi confirmada pela experiência jurídica, pois ainda que as leis trabalhistas fossem dotadas de inderrogabilidade em determinadas matérias, em outras, como na dos contratos de trabalho e das convenções coletivas de trabalho, pouco ou quase nada têm de inderrogáveis.

O rigor científico acabou fazendo concessões à tese da inderrogabilidade porque ela é necessária para servir de suporte e fortalecer a lei trabalhista numa relação contratual em que o desnível entre as partes é manifesto. Mas a tese da inderrogabilidade absoluta teve de fazer concessões dogmáticas e legislativas. Se a inderrogabilidade fosse absoluta, tanto para a redução de direitos como para a concessão espontânea pelo empregador de maiores direitos do que os estipulados pela lei, a norma não poderia ser conceituada como inderrogável e se tornaria necessária a sua adaptação, para que ficassem justificadas tais situações.

Insistindo-se nesse ponto, a inderrogabilidade era a ferramenta ideal para o direito do trabalho ter a força social de que necessitava no contrato individual de trabalho, mas esbarrou em algumas dificuldades porque impediria qualquer negócio jurídico diferente das determinações da lei, tanto para favorecer como para desfavorecer uma das partes do contrato de trabalho.

5. As leis trabalhistas como leis de ordem pública social

A noção de leis trabalhistas como *leis de ordem pública social* é fruto da teoria francesa de Florence Canut, em *L'ordre public en droit du travail* (2007), e Nadège Meyer, em *L'ordre public en droit du travail:* contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé (2006), como proposta para relativizar as dificuldades da aplicação da teoria da ordem pública absoluta diante das concessões das partes no direito do trabalho e da disponibilidade apresentada por parte de suas leis que convivem com a rigidez de outras.

Florence Canut ensina que existem duas categorias de ordem pública no direito do trabalho, a ordem pública *absoluta* e a ordem pública *social*, que correspondem aos conceitos de ordem pública de direção e ordem pública de proteção, uma vez que há regras indubitavelmente destinadas a defender o trabalhador. Algumas leis, no direito da França, são do domínio das leis insuscetíveis de melhoria para o trabalhador, como as leis de proteção à saúde e higiene, mas outras não têm finalidade protetora, chegando mesmo a autora a contestar o caráter progressista do direito do trabalho, nesse ponto divergindo de Camerlynck.

Sustenta ser difícil dizer que os contratos a prazo, em relação aos contratos a tempo pleno e indeterminado que os antecederam, são uma melhoria no direito do trabalho, do mesmo modo que a precarização dos empregos também não é um sinal de melhoria das condições de trabalho, mas uma regressão, daí afirmar que ordem pública social e progresso social não são sinônimos.

Assim, a teoria das leis trabalhistas como de ordem pública social deve ser entendida como uma alternativa doutrinária para suplantar a dificuldade do trânsito para mais e para menos que as leis trabalhistas veem diante da ação coletiva, e às vezes individual, dos sujeitos do contrato de trabalho.

Essa é a finalidade da nova construção teórica francesa ao denominar leis trabalhistas como leis de *ordem pública social*, e não como leis de ordem pública absoluta — que pressupõem duas diferentes relações, a do trabalhador com o Estado e a do trabalhador com o empregador. Mas a ordem pública absoluta pode atuar sobre o direito

privado quando os interesses dos indivíduos são sociais, defendidos pela autoridade para a evolução da sociedade.

O tema ordem pública como conceito inconcluso e indeterminado que é encontra, no direito do trabalho, campo propício, mas é claro que nem todas as leis trabalhistas são de ordem pública absoluta — ex. leis que autorizam redução salarial por negociação coletiva —, embora algumas a sejam — ex. leis de combate à condição análoga à de escravo —, e uma ulterior evolução dessas ideias se faz necessária no sentido da procura de uma exata qualificação para as leis da nossa disciplina.

Daí dizer Nadège Meyer que o direito do trabalho é reativo no sentido da sua sensibilidade às transformações políticas, econômicas e sociais, mais que qualquer outro ramo do direito privado, contexto que leva o legislador a organizá-lo de modo a possibilitar a instauração — mas também viabilizar a derrogação — de disposições de ordem pública absoluta, editando regras que permitam um mínimo de direitos suscetíveis de derrogação. Em outras palavras, o próprio legislador autoriza derrogações nos temas em que tal se faz viável.

A teoria da ordem pública absoluta das leis trabalhistas teria de sofrer adaptações para que atuasse na defesa da parte fraca do contrato de trabalho e como uma garantia da sua proteção diante do desequilíbrio em que se acham os contratantes, sabendo-se que os problemas trabalhistas não podem ser deixados para que encontrem espontaneamente solução pelo mercado.

As leis trabalhistas que protegem os trabalhadores como indivíduos e como grupo social coexistem numa perspectiva de rigidez, mas também de flexibilidade, o que nos leva a admitir que as leis trabalhistas se decompõem em uma parte imperativa e uma parte dispositiva. Nadège afirma que no direito do trabalho há uma ordem pública diferente, que chama de *ordem pública social.*

Observe-se, ainda, que a noção de ordem pública absoluta no direito — e posto o direito do trabalho sob essa perspectiva, que tanto agradou às concepções autoritárias corporativistas — não pode ser desvinculada dos fatores de ordem econômica e política que atuam no direito do trabalho, uma vez que a maior ou menor área de atuação da ordem pública em um Estado depende da sua formação político-cul-

tural e da sua concepção de economia, o que relativiza a ordem pública em função desses elementos atenuantes ou agravantes da sua rigidez.

6. Classificação das leis

É possível classificar as leis trabalhistas por mais de um ângulo.

Quanto à *forma*, as leis trabalhistas apresentam-se *codificadas*, *consolidadas* ou *esparsas*, conforme se encontrem sistematizadas num Código do Trabalho ou compiladas numa Consolidação ou diversificadas em diplomas legais isolados.

A codificação das leis trabalhistas tem suas raízes em antecedentes históricos, de que são exemplos os *Estatutos dos Grêmios*, a *Novísima recopilación* e os *Libros del consulado del mar*, da Espanha; as ordenanças industriais, da Áustria (1859) e da Prússia (1869); e em parte a lei belga de contrato do trabalho (1900). Leis trabalhistas em código comum são, também, as do Código de Hamurabi.

O movimento codificador foi bastante expressivo, o que é atestado pela existência de inúmeros países que já adotaram um Código do Trabalho, como ocorre com a França (1910), Chile (1945), República Democrática Alemã (1961), Iraque (1958), Gabão (1962), Colômbia (1965), Albânia (1966), Turquia (1967), Ruanda (1967), Congo-Kinshasa (1967), Chade (1966) e Camarões (1967). Em outros, as leis trabalhistas estão no Código Civil, como na Itália; no Código das Obrigações, como na Suíça; em Consolidações, como no Brasil; em leis sistemáticas, como no México etc. Portugal tem um Código do Trabalhador Rural (1962) e, mais recentemente, aprovou um Código do Trabalho, com vigência a partir de dezembro de 2003 e com algumas inovações, como as relativas aos direitos de personalidade e a proibição de discriminação do empregado.

Na América Latina foram elaborados Códigos do Trabalho em diversos países, como o *Código Substantivo del Trabajo* (1950) da Colômbia, o Código do Trabalho (1993) da Costa Rica, o Código do Trabalho (1984) de Cuba, o Código do Trabalho (1978) do Equador, o Código do Trabalho (1977) da Guatemala, o Código do Trabalho (1944) da Nicarágua, o Código do Trabalho (1971) do Panamá, o Código do Trabalho (1993) do Paraguai e o Código do Trabalho (1992) da República Dominicana.

Na Argentina, além da Lei do Contrato de Trabalho (1974) e da Lei Sindical (Lei n. 23.551), foi aprovada a Lei Nacional de Emprego (Lei n. 24.013, de 1991), destinada a promover medidas contra o desemprego. No Uruguai, a legislação é esparsa, inexistindo um texto unificador, uma vez que as normas sobre contrato individual de trabalho são bastante fracionadas, com diplomas legais específicos para, por exemplo, jornada de trabalho, descanso semanal, férias anuais, salários, menores (*Código del Niño*), mulheres, convenções coletivas, e quanto à organização sindical o texto básico é a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho. No Peru também não há Código do Trabalho, mas leis esparsas sobre relações individuais de trabalho (30 dispositivos em diversos decretos legislativos de 1996), uma lei sobre relações coletivas de trabalho (Dec.-lei n. 25.593) e outra lei de combate ao desemprego (Dec.-lei n. 728, de 1991, *Ley de Fomento del Empleo*, alterada em 1997 pela *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*).

Pode a codificação das leis trabalhistas apresentar vantagens?

Gerhard Boldt entende que sim e acha depreciável que não se tenha cuidado disso na República Federal Alemã, em prejuízo da uniformidade da matéria.

Camerlynck e Lyon-Caen o secundam, sustentando que as leis trabalhistas são numerosas e uma obra de codificação se revela de todo indispensável.

Paul Durand, valendo-se da experiência francesa, afirma que a codificação apresenta vantagens próprias desse método legislativo e o Código permite encontrar as normas claramente ordenadas para serem rapidamente aplicadas.

Na Itália, Asquini, Mossa, Ravà e Arcangeli mostraram-se favoráveis; Mengoni, ainda recentemente, afirma ser prematura a medida e Ardau diz que a sua antiga propensão para a codificação está notavelmente atenuada, não só porque na Constituição encontram-se traçadas as grandes linhas do trabalho subordinado, mas também diante do dinamismo próprio das normas trabalhistas.

Na Espanha, Bayon Chacón e Pérez Botija veem dificuldades, consistentes na multiplicidade e variabilidade das leis trabalhistas, e benefícios, como a unidade e a segurança jurídicas. E Pérez Leñero

assume atitude de cautela, ressaltando que a codificação é sempre a última etapa de uma sistematização jurídica e há de ser precedida necessariamente de um trabalho jurídico científico de construção. Entende que o direito do trabalho não saiu ainda de um período político que na criação do direito precede sempre o período técnico.

O Código pode significar um passo adiante na cristalização de um ramo do direito, e as divergências que sempre surgem, conhecidas desde a célebre disputa entre Savigny e Thibaut, acabam perdidas no tempo. O Código representa o desejo de melhorar e de aperfeiçoar o sistema, embora não resolva, como frisa João Arruda, o problema da segurança, porque no Código ainda há muito *jus incertum*. Se a codificação, como diz Glasson, tem por objetivo dar às leis um grupamento de maneira a tornar a pesquisa mais fácil; se, como declara François Geny, secundando Sumner Maine, tem por fim a sistematização e a ordem do direito escrito, segundo um plano de conjunto destinado a retirá-lo da obscuridade, das inconsistências, de purgá-lo de detalhes e de repetições inúteis, de reduzir-lhe as dimensões e popularizar o seu estudo, a sua conveniência é manifesta, com o que não se afirma a sua suficiência e exclusividade como forma de direito.

Porém, mais importante que a forma é o conteúdo das leis trabalhistas. Uma legislação não codificada pode produzir melhores efeitos que um Código do Trabalho, dependendo das diretrizes imprimidas pelo legislador. Há países nos quais são elaborados três diplomas fundamentais separados, uma *Lei Sindical*, uma *Lei do Contrato de Trabalho* e uma *Lei Processual Trabalhista*. Nem por isso esses países deixam de ter uma legislação trabalhista eficaz.

Uma segunda classificação resulta não da forma, mas dos *destinatários*, sendo *comuns* ou *especiais*.

Leis trabalhistas comuns são as que se aplicam de modo geral a todo empregado, independentemente de fatores pessoais que o especifiquem. Assim, quando a lei estabelece jornada diária máxima normal de 8 (oito) horas, o faz para todos os empregados; essa é uma lei comum. Especiais são as leis trabalhistas aplicáveis a alguns empregados, tendo em vista condições que lhes são próprias e em virtude das quais se destacam dos demais empregados. São especiais as leis sobre o trabalho da mulher, dos menores, as leis para disciplinar as relações

de emprego de determinados tipos de profissionais, como bancários, ferroviários, aeronautas etc.

Uma terceira classificação leva em conta a sua *finalidade*, sendo leis de *organização* e leis de *comportamento*. As primeiras dispõem sobre a estrutura de um órgão. Exemplifique-se com as leis que indicam a estrutura das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes — CIPAs. As últimas estabelecem regras que vão disciplinar as relações entre pessoas ou grupos nos seus recíprocos direitos e deveres. São de comportamento, em grande número, as leis sobre o contrato individual de trabalho, como as de repouso semanal, férias, formalidades para admissão, para dispensa etc.

Uma quarta classificação toma por base a sua *finalidade institucional*, sendo fundamental a distinção entre *normas de garantia* e *normas de aperfeiçoamento*, as primeiras visando a conferir ao grupo social a forma condizente com sua razão de ser. Como ensina Goffredo Telles Júnior, em seu livro *Filosofia do direito*, "são as que garantem a ordem necessária à consecução dos objetivos sociais". A sua violação sistemática traria a decomposição e aniquilamento do grupo social.

As leis sobre salário mínimo são de garantia. Fixam a remuneração menor que pode ser suportada por alguém para viver com um mínimo de dignidade. Seria o aniquilamento desse valor permitir salários inferiores aos vitais.

Já as normas de aperfeiçoamento visam a "aprimorar a comunhão humana de um grupo social, grupo esse já ordenado pelas normas de garantia". Leis de salário profissional são de aperfeiçoamento dos níveis de remuneração para uma categoria.

Uma quinta classificação considera o seu *enunciado*. Existem leis *explicativas* e leis *casuísticas*, as primeiras com preceito de tipo conceitual, as segundas com preceito especificativo de hipóteses. Basta ver os dispositivos legais sobre férias proporcionais, que são conceituais para empregados cujos contratos são rescindidos depois de completarem mais de um ano de casa. Conferem o direito às férias proporcionais de modo geral, salvo na dispensa por justa causa. Já casuística é a lei quando disciplina o direito do empregado cujo contrato é rompido antes de completar um ano de casa. A lei é casuística, só garantindo o direito às férias proporcionais em dois casos que especifica na dispensa sem justa causa e no término do contrato a prazo.

Uma sexta classificação parte da *eficácia do seu conteúdo*, perspectiva segundo a qual as leis são *dispositivas* e *proibitivas. Dispositivas* são as leis que não vedam ajustes decorrentes da autonomia privada. Um ato negocial pode constituir um direito de modo diverso do preceituado pela lei. Nada impede que empregado e empregador ajustem férias de 60 dias. *Proibitivas* são as leis que impedem os particulares de dispor de modo contrário. Quando a lei considera nula disposição que contrariar a política salarial do Governo, está ordenando com imperatividade proibitiva.

Uma sétima classificação baseia-se na sua *especialização*. Existem leis *peculiares* ao direito do trabalho, que são as que denominamos leis trabalhistas, consolidadas, codificadas ou esparsas. Porém, o direito comum é fonte subsidiária do direito do trabalho, de modo que disposições do Código Civil, do Código Comercial ou de outros textos pertencentes aos diversos ramos do direito têm aplicabilidade no âmbito trabalhista quando compatíveis e não contrárias aos seus princípios. Elucidativa desse aspecto é a obra de Carlos Molero Manglano, *La supletoriedad del derecho común en el derecho del trabajo* (Madrid, 1975), na qual o autor conceitua subsidiariedade como "a aplicação em segundo grau de normas diferentes das que regulam principalmente um determinado suposto de fato, para aperfeiçoar as previsões da principal".

No Brasil, o art. 8º, parágrafo único, da CLT dispõe que "o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste". Não se trata de aplicação analógica que supõe lacuna. Trata-se de aplicação supletiva, complementar, de modo que um tipo jurídico pode ser expressamente disciplinado pela lei trabalhista; nem por tal motivo a lei comum não poderá ser projetada sobre o caso concreto, não para revogar aquela, o que é óbvio, mas para preencher o seu conteúdo de elementos que lhe deem maior compreensão e envolvimento. Subsidiariedade é mais que aplicação analógica.

Uma oitava classificação é *lógico-formal*, que é a mesma das leis de direito comum, porque também as leis trabalhistas descrevem um comportamento, autorizado ou proibido, um juízo ou uma proposição hipotética em que se tipifica um fato relacionado com uma conse-

quência prevista para a inobservância desse comando (normas de comportamento) ou que contém uma proposição que não é um juízo hipotético de dever-ser, mas um juízo categórico, não condicional, que enuncia a maneira objetiva como algo tem de ser feito ou constituído (normas de organização).

Para o *positivismo jurídico* uma norma tem duas proposições, a previsão de um fato e a consequência do seu desatendimento, que é a coerção (concepção bidimensional). Para o *normativismo concreto* (concepção tridimensional), a norma é a síntese de fatos e valores que se correlacionam na experiência jurídica segundo uma ordem de valores.

Uma nona classificação considera as leis como *dispositivas* ou *imperativas* para designar aquelas que podem e as que não podem ser afastadas pela autonomia privada.

§ 30. Outras normas

Sumário: 1. Decretos, medidas provisórias, leis delegadas, portarias e regulamentos. 2. Sentenças coletivas e individuais. 3. Convenções coletivas e acordos coletivos. 4. Regulamentos de empresa. 5. Usos e costumes. 6. Convenções internacionais. 7. Tratados internacionais. 8. Diretivas comunitárias.

1. Decretos, medidas provisórias, leis delegadas, portarias e regulamentos

Decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais. Portanto, são, como diz Kelsen, normas que provêm não do Parlamento, mas de uma autoridade administrativa.

No direito do trabalho a intervenção do Executivo por meio de decretos é de considerável importância, quer pela frequência, quer pelo conteúdo com que se apresentam. Regras de natureza técnica sobre higiene e segurança do trabalho, normas de previdência social, regulamentação de leis são providas por decretos. Segundo Kayser, na Comunidade Europeia e na maior parte dos seus membros, os decretos constituem, pela sua quantidade, uma das características essenciais que distinguem o direito trabalhista dos demais ramos do direito clássico.

Os *decretos-leis* são normas jurídicas elaboradas pelo órgão executivo, sujeitas ou não a ratificação posterior pelo Legislativo, de conformidade com a ordem constitucional vigente no Estado. Para Radbruch, designam-se assim os decretos de conteúdo legislativo,

emanados do governo em casos de necessidade urgente, com a reserva de apresentá-los à confirmação de Assembleia Legislativa, a fim de que esta os transforme em lei.

No Brasil, a Constituição de 1967 (art. 55) previa o *decreto-lei*, e diversos foram expedidos, dispondo sobre condições de trabalho. No entanto, sempre houve restrições à sua utilização, mais ampla do que os permissivos legais que eram restritivos a determinado tipo de matéria, mas que nunca foram rigorosamente observados.

A Constituição Federal de 1988 os suprimiu, de modo que aqueles que até então foram expedidos e confirmados pelo Congresso Nacional mantiveram a sua validade, já não sendo possível, a partir dessa época, a sua elaboração, como de fato ocorreu.

Duas novas figuras foram por ela introduzidas. Primeira, as *medidas provisórias* (art. 62), ato do Presidente da República, com força de lei, a ser submetido ao Congresso Nacional, perdendo a sua eficácia se não convertido em lei pelo Congresso no prazo de trinta dias. Segunda, as *leis delegadas* (art. 68), elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

Como os pressupostos da medida provisória, a relevância e a urgência, podem ocorrer no âmbito das relações de trabalho, não é inviável, neste, a sua utilização.

Estão, também na esfera trabalhista, respaldadas pela Constituição Federal de 1988, art. 62, que dispõe: "Em caso de relevância e urgência o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes".

Em 11 de setembro de 2001 foi aprovada, pelo Congresso Nacional, a Emenda Constitucional n. 32, que alterou o art. 62 da Constituição Federal quanto: 1) à proibição de reedições; 2) o prazo para o Congresso apreciá-las; 3) a perda da sua eficácia por rejeição ou decurso do prazo sem a manifestação do Legislativo; 4) a conservação das relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados

durante sua vigência quando não editado pelo Congresso decreto legislativo de rejeição ou de perda da eficácia da medida; 5) a manutenção da sua vigência quanto às editadas em data anterior à da publicação da Emenda, até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Portaria é a "determinação ou ordem, baixada por agente administrativo categorizado, objetivando providências oportunas e convenientes para o bom andamento do serviço público" (Cretella Júnior, *Dicionário de direito administrativo*). Ex.: Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978, do então Ministério do Trabalho, que aprova normas regulamentares relativas à segurança e medicina do trabalho.

Regulamento é a "norma jurídica de caráter geral, editada pela autoridade administrativa em matéria da sua competência, conferida pela lei formal, com o objetivo de facilitar-lhe a aplicação" (Cretella Júnior, *Dicionário de direito administrativo*). Os regulamentos desempenham importante função na complementação do ordenamento jurídico e no campo trabalhista.

É o que ocorre também na Espanha, segundo Manuel Alonso García, que os define como "conjunto de normas ditadas pelo Ministro do Trabalho e que constituem a regulação das condições mínimas a que hão de se ajustar as relações laborais contratadas entre os empresários e seu pessoal nos distintos ramos e atividades de produção".

No direito espanhol têm a característica de norma estatal, pois são da competência exclusiva do Estado, possuem um sentido de totalidade, atingindo todas as matérias que podem ser objeto de uma relação trabalhista e têm tendência a abranger o âmbito nacional, provindo da Administração central ou descentralizada e assumindo a natureza, quanto à extensão territorial, de nacionais, regionais, interprovinciais e provinciais.

Também na Alemanha unificada os regulamentos trabalhistas são encontrados tanto na órbita federal como na federada.

A mesma situação se verifica na França, onde, segundo Paul Durand, Brun e Galland, o direito do trabalho vale-se, com frequência, dessa forma de conhecimento.

A razão da existência dos regulamentos, como mostra Radbruch, está na necessidade de aproximar da aplicação prática, com prescrições particularizadas, as máximas gerais estabelecidas em forma de lei.

Assim, os regulamentos, de modo geral, devem subordinar-se às leis, a cuja complementação se destinam.

Precisam ser *secundum legem* ou, ainda, *praeter legem*, mas não, de certo modo, *contra legem*. Em muitos casos, as leis dependem dos regulamentos para serem postas em prática. Estes se têm prestado muito para explicar o conteúdo da lei, da qual não podem exorbitar.

Os regulamentos são produzidos por qualquer entidade pública, inclusive paraestatal, e servem para disciplinar o seu poder discricionário (Groppali). Diferem da lei porque esta emana do Legislativo e o regulamento do Executivo. Não se confundem com a convenção coletiva, pois esta é autônoma e aquele heterônomo.

Distinguem-se os regulamentos da administração, de que estamos tratando, dos regulamentos de empresa, porque aqueles, como ficou mostrado, provêm do Estado e estes são criados no âmbito econômico-profissional. Os regulamentos da administração representam, portanto, e como bem frisam Bayon Chacón e Pérez Botija, um fenômeno jurídico de máximo grau de intervenção do Estado na vida de uma atividade profissional determinada.

2. Sentenças coletivas e individuais

Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (CPC, art. 162, § 1º).

Se proferidas em dissídios individuais, as sentenças trabalhistas são denominadas *sentenças individuais*, restringindo-se o seu âmbito de validez às partes litigantes.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou o poder normativo da Justiça do Trabalho. Manteve o dissídio coletivo econômico desde que proposto de comum acordo entre as partes, mas do Judiciário trabalhista, o poder de criar normas e condições de trabalho, com o que desapareceram da sentença normativa algumas das suas características.

O dissídio coletivo econômico, com essa ressalva, foi mantido, mas as suas decisões, a rigor, já não são sentenças normativas, embora possam ser chamadas *sentenças coletivas* porque são aplicadas

genericamente a uma coletividade de pessoas. Todos os trabalhadores são representados pela entidade sindical, que figura como sujeito do processo; efeito que terá, também, o dissídio coletivo jurídico, mantido pela mesma reforma cuja decisão não é normativa, sob a perspectiva acima assinalada, aproximando-se mais de uma decisão de tipo declaratório, para dirimir dúvidas sobre a interpretação de cláusula de contrato coletivo de trabalho.

As sentenças são consideradas por Kelsen e outros doutrinadores *normas jurídicas,* uma vez que sempre há na sua prolação um ato criativo do juiz, compreensão que pode autorizar a afirmação de que toda sentença é uma norma individualizada para o caso concreto, na teoria kelseniana.

A jurisprudência, conjunto de sentenças ou acórdãos, é incluída pelos doutrinadores entre as fontes do direito, expressando-se por meio de súmulas, algumas das quais podem ter *efeito vinculante* como a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A, acrescido pela EC n. 45/2004).

3. Convenções coletivas e acordos coletivos

Produto da autonomia privada coletiva, fonte do poder normativo dos grupos profissionais e econômicos por meio das suas representações sindicais e patronais, a convenção coletiva é a norma jurídica resultante das negociações entre os trabalhadores e os empregadores, para a autocomposição dos seus conflitos coletivos.

Seu *fundamento* é o pluralismo jurídico do direito do trabalho com a espontânea formação de normas jurídicas elaboradas diretamente pelos grupos sociais, segundo um princípio de autonomia privada coletiva negocial admitida pelo Estado.

O seu *procedimento* se desenvolve mediante negociações coletivas e será *formal*, quando os seus trâmites estiverem previstos em leis ou em outras convenções coletivas, ou *informal*, quando não existir essa disciplina, hipótese em que as tratativas serão feitas de acordo com os atos e fases que os interessados resolverem.

Sua *causa final* é dupla, *solucionar* uma disputa trabalhista e, com isso, *constituir* ou *declarar* regras gerais que servirão durante um pra-

zo como norma para as relações entre trabalhadores e empregadores, aderindo-se automaticamente aos contratos individuais de trabalho e às relações coletivas entre as organizações sindicais e empresas.

Seus *sujeitos* são o grupo de trabalhadores por meio das suas representações e o grupo de empregadores, também legitimamente representados. Quando os sujeitos interessados são, de um lado, o grupo de trabalhadores pelas suas legítimas representações e, de outro lado, em vez do grupo de empregadores, uma empresa diretamente, ou mais de uma empresa, relacionando-se a disputa somente nesse âmbito mais estrito, haverá não uma convenção, mas um *acordo coletivo*.

A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 617, § 1º) permite aos trabalhadores, diretamente, a iniciativa de negociar havendo inércia das organizações sindicais.

4. Regulamentos de empresa

Reglamentos de régimen interior (Espanha), *Reglamentos de empresa* (Argentina), *Règlement d'atelier* (França), *Regolamento industriale* ou *Regolamento d'azienda* (Itália), *Regulamento de empresa* (Brasil) são denominações diferentes da mesma figura.

Seus antecedentes remotos são os estatutos ou regulamentos dos grêmios ou corporações de ofício. Foram previstos numa ordenação industrial alemã de 1869 e, também, na Bélgica. Desenvolveram-se de tal modo que, em princípio, na empresa, muitas das principais normas de trabalho, relativas à disciplina, ao horário, aos modos de pagamento dos salários, às férias, deles emanavam.

Na atualidade, não é menor a sua expressão, constituindo-se em forma de direito admitida na França, Itália, Alemanha, Espanha, Bélgica e outros países.

As definições de regulamento de empresa padecem do defeito de considerá-lo tendo em vista a sua origem, que pode ser unilateral ou bilateral, conforme participem da sua formação a vontade só do empregador ou do empregador e dos empregados.

Esse aspecto, no entanto, não é fundamental. O regulamento de empresa é uma forma de direito caracterizada pelo âmbito de validez,

que é ordenamento concreto da empresa. Consiste num conjunto sistemático de normas sobre condições gerais de trabalho, prevendo diversas situações a que os interessados se submeterão na solução dos casos futuros.

No regulamento de empresa os trabalhadores são considerados *ut universi* e não *ut singuli*, como observa Ardau, porque todo o grupo social é estruturado segundo uma exigência global em relação à finalidade comum.

É possível classificar os regulamentos de empresa.

Quanto à sua origem: em *unilaterais* ou *bilaterais*, de acordo com as partes de cuja vontade depende a sua constituição. São *unilaterais* quando elaborados unicamente pelo empregador e impostos aos trabalhadores, que nenhuma participação têm no seu processo de formação. Essa é a característica dos regulamentos na sua primeira fase. São *bilaterais* desde que, na sua formação, trabalhadores e empregador participem, discutindo as suas condições. Assim, apresentam-se como o resultado da vontade comum, adquirindo o seu verdadeiro sentido. Essa é tendência moderna, em especial com o advento da participação do trabalhador na gestão da empresa.

Quanto à sua validade: *dependem ou não de homologação* do Poder Público.

Quanto à sua natureza: podem ser *públicos* ou *privados*. São públicos os regulamentos de empresa que, como na Espanha, têm caráter administrativo e provêm do Estado. São particulares os regulamentos que se originam do grupo econômico-profissional.

Quanto à sua elaboração, podem ser *obrigatórios* ou *facultativos*. Exemplo dos primeiros é encontrado na França, onde empresas com mais de 20 trabalhadores são obrigadas a ter regulamento de empresa. Exemplo dos segundos é encontrado no Brasil, pois não existe nenhuma exigência nesse sentido.

A doutrina discute se o regulamento de empresa tem caráter contratual ou institucional e se é fonte de direito ou não. Muitos lhe negam essa qualidade, entre eles Hueck-Nipperdey, Maus, Denecke, Herschel. Na atualidade, entretanto, é estudado, quase sem omissões, ao lado das demais fontes. Entendemos que, admitida a evidente distinção entre

fonte, problema de origem, e forma, problema de existência, no estudo das formas do direito, a inclusão dos regulamentos de empresa se impõe, por se tratar de uma figura encontrada na experiência jurídica, com muita frequência, em todos os tempos e em diversos lugares.

Plano de Cargos e Salários tem a natureza jurídica de *Regulamento Interno da Empresa* e como tal é manifestação do legítimo poder empresarial de organização. Compete ao empregador organizar a sua atividade, estrutura de cargos, definir padrões de remuneração, carreiras e critérios de promoção, estes, alternativamente, por merecimento e antiguidade.

A empresa pode modificar o Plano de Cargos e Salários para adaptá-lo às suas transformações de ordem econômica, tecnológica e de administração do pessoal, observadas, no entanto, as seguintes regras jurídicas:

a) STST n. 51, a qual dispõe que "as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento"; "havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro". A STST não é explícita quanto ao sentido de vantagens deferidas, podendo significar uma vantagem que o empregado já recebe ou uma vantagem prometida, mas que só seria obtida futuramente.

b) Constituição Federal, art. 5º, XXXVI, segundo a qual "*a lei não prejudicará o direito adquirido*, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". O direito adquirido é assegurado por esse texto e pelo já citado na STST n. 51.

Aprofundando um pouco esse ponto, há direitos trabalhistas *instantâneos*, que são os que se consumam num só ato. Seria ilegal o seu cancelamento quanto àqueles que já os recebem. Há, ainda, os *continuados*, que são assegurados pela empresa mediante cláusulas regulamentares. A sua fruição desenvolve-se no tempo por meio de prestações periódicas, sucessivas. Não se confundem, portanto, com os direitos instantâneos. Também esses direitos, assegurados pelo Regulamento Interno e que já estão sendo praticados, não devem ser retirados de quem está sendo beneficiado. Existem, e esta já é outra hipótese, van-

tagens deferidas pelo Regulamento Interno, as quais, porém, os empregados ainda não obtiveram, uma vez que só os beneficiariam futuramente. Nesse caso, há simples expectativa de direito. Há, todavia, interpretações, minoritárias, segundo as quais também nesse caso prevaleceriam as vantagens oferecidas, embora não desfrutadas ainda, porque foram prometidas.

c) Constituição Federal, art. 7º, VI, que dispõe: "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo". Os salários podem ser reduzidos por meio da negociação com o sindicato. Logo, nada impede redução de vantagens salariais previstas em Plano de Cargos e Salários, desde que observada a mesma via de formalização, em face da autorização constitucional.

d) CLT, art. 468, que declara serem nulas as alterações do contrato individual de trabalho sem a concordância do empregado e quando prejudiciais a ele. O rigor dessa exigência foi abrandado pelo princípio doutrinário do *jus variandi*, acolhido pelos Tribunais do Trabalho, segundo o qual, em casos de imperativos técnicos, organizacionais ou econômicos, a empresa pode modificar as condições de trabalho, por ato unilateral, ainda que sem a concordância dos empregados ou mesmo que lhes seja prejudicial. Essa diretriz modificadora é sensível à realidade da dinâmica das relações negociais da empresa.

e) CLT, art. 461, que consagra o princípio da isonomia salarial para trabalho de igual valor, assim considerado o que é prestado na mesma função, com igual produtividade e perfeição técnica e por empregados cuja diferença de tempo de função não é superior a dois anos.

5. Usos e costumes

O costume, desde os glosadores, é *secundum legem* que é o costume que serve para complementar a lei, *praeter legem* que rege casos não previstos pela lei, estando, portanto, fora da lei, mas não contra a lei, e *contra legem* que são os costumes em contradição ou oposição à lei.

O costume fora da lei representa o tipo ideal de formação jurídica consuetudinária, segundo a moderna posição da maioria dos juristas. Matéria jurídica sobre a qual não exista regulamentação pelo legislador pode ser objeto de um direito consuetudinário. Este será fora da lei

porque esta não prescreve nada sobre o caso particular; mas nunca contrário à lei. Ademais, segundo uma concepção unitária e hierárquica da ordem jurídica, o costume *praeter legem* terá de ser sempre *secundum legem*, por sua relação com a norma jurídica primária ou fundamental, a constituição da ordem jurídica em que se aplica (Rodrigues e Bustamante).

Na ordem jurídica trabalhista, a mesma classificação pode ser aceita, reconhecendo-se, portanto, a existência de costumes *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*. Os primeiros são os costumes que complementam as leis trabalhistas, como a concessão de adicionais salariais em valores superiores aos previstos pelas leis. Se uma empresa paga as horas extraordinárias em valores acima dos estabelecidos em lei, está complementando o sistema legal. Os segundos são os costumes que têm por objeto matéria não prevista em lei. Se uma empresa costuma pagar aos seus empregados adicionais por tempo de serviço, está, pelo costume, obrigando-se a responder por direitos trabalhistas que não são legalmente regulamentados. Os terceiros são os costumes dispondo contra a lei, e nesse ponto é preciso mencionar que, se o costume de conceder determinados direitos mais vantajosos para o trabalhador for entendido como *contra legem*, será preciso reconhecer a validade de costumes *contra legem* na esfera trabalhista.

Uma empresa pode ter o costume de conceder férias de 40 dias e não de 30 dias. A validade desse costume é plena. A lei que prevê 30 dias de férias não é aplicada. O costume mais vantajoso o será. Se, porém, essa norma for interpretada não como contrária à lei, mas como complementar à lei, então estar-se-á diante de um costume *praeter legem*. Na verdade, a lei deve proibir expressamente os costumes mais favoráveis, caso contrário serão estes e não aquela aplicáveis.

O costume, segundo A. Brun e Galland, é mais importante em direito do trabalho que no direito civil. As práticas usuais, com muita frequência, no mundo trabalhista transformaram-se em direito estatal. Os sindicatos, as convenções coletivas, os regulamentos de empresas, o aviso prévio, as férias são figuras que, antes de pertencerem aos quadros do direito elaborado pelo poder político, nasceram e se aplicaram pela livre e direta elaboração dos próprios interessados. Prestaram-se, também, segundo Durand e Jaussaud, a cobrir as lacunas da

regulamentação legal ou convencional, a permitir maior adaptação das condições de trabalho às exigências do tempo e a facilitar a formação, em proveito dos trabalhadores, de regras mais favoráveis que as resultantes de outras formas jurídicas.

Com o tempo, o costume cedeu a sua importância para a lei. Na Itália a lei faz remissões ao costume em matéria de remuneração (CC, art. 2.099), de duração do período de repouso (CC, art. 2.109), de indenização por acidente do trabalho (CC, art. 2.110) e de valor da indenização de antiguidade (CC, art. 2.120). Na França, quanto às férias, o Código do Trabalho manda aplicar o costume da região (art. 23). Portanto, o costume é uma norma do direito do trabalho, admitida, com maior ou menor extensão, nos principais sistemas de direito.

A doutrina não apresenta uniformidade de tratamento quando procura saber se usos e costumes identificam-se como um mesmo ser ou são seres distintos. É possível resumir o debate da seguinte maneira: em matéria de trabalho não é possível distingui-los (Mario de la Cueva). Existe diferença entre ambos, que pode consistir no caráter contratual do uso e no sentido geral do costume (Krotoschin), ou na natureza interpretativa do primeiro e imperativa e oficial do segundo (Durand e Jaussaud e Recaséns Siches).

Thaller, citado por François Geny, diz que o uso é um modo tácito de as partes entenderem o seu acordo, evidenciado por uma prática demonstrada, e o costume é regra de tradição que encontra a sua autoridade numa prática imemorial considerada como lei. Recaséns Siches entende que o uso consiste numa "regularidade de fato na conduta, sem que essa regularidade contenha algum sentido normativo", portanto, sem validez, e o costume "é um uso ao qual se atribui validez, normatividade e, por conseguinte, obrigatoriedade".

Trata-se, na verdade, de uma forma de direito com poucas características próprias que a diferem de outra forma denominada costume. Pelo processo de elaboração, nenhuma diferença é possível estabelecer de modo claro entre ambas as formas, porque as duas resultam da vontade, individual ou de um grupo. É oportuno lembrar, com Levy-Bruhl (*Sociologia do direito*), que o costume novo provém de uma "invenção individual de alguém que no grupo social intriga-se com a imperfeição do aparelho jurídico e procura melhorá-lo ou adaptá-lo às

verdadeiras necessidades". Podemos, portanto, dizer que tanto o uso como o costume podem surgir da consciência, individual ou coletiva, não obstante o caráter mais restrito daquele. O âmbito de aplicação, no entanto, difere porque o uso é forma de direito de natureza menos ampla, via de regra limitada às partes de um contrato ou, no caso trabalhista, ao ordenamento interno de uma empresa, quando o costume é uma prática geral de uma comunidade maior. Porém, em que pesem as respeitáveis opiniões contrárias, usos e costumes obrigam, podem ser invocados, com igual força, pelo juiz, como formas jurídicas que são. O uso não é apenas interpretativo, mas constitutivo, porque forma regra de direito, que será utilizada na solução do caso concreto dentro dos princípios próprios da aplicação do direito.

Algumas definições de costume:

Du Pasquier (*Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*): "O costume é o uso implantado em uma coletividade e considerado por essa como juridicamente obrigatório; é o direito nascido consuetudinariamente, o *jus moribus constitum*". François Geny (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 1): "É o uso existente em um grupo social, que expressa um sentimento jurídico dos indivíduos que o compõem". Enneccerus-Nipperdey (*Allgemeiner Teil dieser burgerlichen Rechts*): "É uma regra de conduta observada uniformemente e constantemente pelos membros de uma sociedade com a convicção de obedecerem a um imperativo jurídico".

Existem costumes que nascem independentemente de qualquer referência da lei e outros aos quais a lei faz uma remissão expressa. Ex. do primeiro: o costume de uma empresa conceder adicional por tempo de serviço. Ex. do segundo: a duração do período de repouso a que alude o art. 2.109 do Código Civil italiano. Ambos possuem igual validade, o que vale dizer que, para a existência de uma norma jurídica consuetudinária, basta que um grupo social a produza, em nada se vinculando a sua elaboração, que sempre é espontânea, ao processo estatal.

A doutrina reconhece, também, tendo em vista a sua eficácia diante da lei, os costumes *contra legem*, *secundum legem* e *praeter legem*, conforme suas disposições sejam contrárias, de acordo ou além da lei.

No direito trabalhista, o princípio de hierarquia é diferente. Por tal razão, também particular será o problema. Entendemos que, se

prevalece a norma mais favorável ao trabalhador, salvo disposições de ordem pública, por consequência é possível a aplicação de um costume, ainda que *contra legem*. Basta que se estipulem vantagens maiores para o trabalhador e que a lei em referência não seja imperativa. Por exemplo, se uma empresa costuma conceder aos empregados, anualmente, nas épocas de festas de fim de ano, paralisação remunerada dos serviços entre os dias 23 de dezembro e 2 de janeiro, sem prejuízo das férias, essa norma de conduta será plenamente aplicável em juízo, não obstante a existência de uma lei regulando o repouso anual em termos diferentes. De outro lado, se numa empresa os trabalhadores, por força de costume, não usam os instrumentos de proteção contra acidentes do trabalho, estaremos diante de um costume que fere disposições legais de infortunística, de ordem pública, portanto inaplicável.

O costume e as convenções coletivas distinguem-se:

a) pelo modo de elaboração porque aquele surge de modo invisível e, para usar uma expressão de Savigny, da *Volksgeist* ou *consciência* do povo; estas emanam de negociações durante as quais nascem as regras de conduta em que se formalizam. Portanto, um pode nascer de modo sucessivo e gradativo, as outras, de modo instantâneo e imediato;

b) pelo aspecto extrínseco porque o costume é tácito e as convenções coletivas são escritas;

c) pelo tempo de duração porque o costume não tem prazo certo de vigência e a convenção coletiva, via de regra, dura por prazo determinado;

d) pela positividade que na convenção coletiva resulta de manifestação expressa de vontades em determinado momento que pode ser situado no tempo e no lugar, e no costume a positividade se perfaz lentamente.

O regulamento de empresa não se confunde com o costume pela forma de que se reveste, porque é escrito num documento elaborado no âmbito da empresa e para cuja disciplina interna se destina. O costume não se reveste de forma escrita.

O costume tem caráter geral e é forma de direito; o contrato individual, diversamente, tem caráter restrito às partes. Enquanto um regulamenta a conduta de uma coletividade, o outro visa a fixar as

cláusulas que obrigarão um empregado e um empregador. Portanto, a extensão do costume é bem maior que a do contrato individual de trabalho. Saber se as normas costumeiras revogam as cláusulas de um contrato individual de trabalho é matéria cuja solução se submete à problemática da hierarquia estudada em capítulo próprio.

A doutrina tradicional sustenta que o costume, para ser aplicado, deve ter um requisito subjetivo, a *opinio juris et necessitatis*, e um elemento objetivo, que é a sua prática reiterada durante certo tempo não especificado no direito moderno. Nesta parte, o direito do trabalho pode acompanhar o direito clássico. Não se faz, em princípio, necessária nenhuma adaptação, mesmo porque esses critérios são de tal modo amplos que, praticamente, consistem em carta branca outorgada ao juiz.

J. L. Gayler, em *Industrial law*, e Manuel Alonso Olea, em prefácio a essa obra, desenvolvem estudos bastante informativos sobre o sistema anglo-saxônico de direito do trabalho. *Common law* é o nome atribuído ao direito não legislado, que, em português, poderíamos dizer *direito comum*. Todavia, não é um direito rigorosamente consuetudinário emanado dos usos e costumes do povo, mas sim de elaboração jurisprudencial, melhor dizendo, um *case law* cuja forma é a decisão judicial. É inegável a sua natureza de direito consuetudinário, dependente, no entanto, de reconhecimento judicial, o que não o descaracteriza, a nosso ver, porque também nos sistemas jurídicos de base legislativa o costume e o uso obrigatório dependem de requisitos judicialmente aferidos. Assim, *common law* é um conjunto de máximas e de costumes, com força obrigatória.

O direito trabalhista inglês é constituído, em grande parte, pelo direito não legislado, abrangendo as principais normas do contrato de trabalho. Existem precedentes judiciais sobre a contraprestação dos serviços, a forma do contrato individual de trabalho, a sua duração, a capacidade das partes contratantes, a aprendizagem, os deveres de empregados e empregadores, a extinção do contrato e as causas justas de despedimento sumário, entre as quais a má conduta, a negligência, a incompetência, a incapacidade ou enfermidade, a desobediência etc. Na Inglaterra as convenções coletivas de trabalho obrigam não porque exista uma lei, que não existe, mas como acordo de cavalheiros, portanto com suporte consuetudinário.

6. Convenções internacionais

Convenções internacionais são normas jurídicas elaboradas pela Conferência Internacional da OIT, destinadas a criar regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que, mediante ratificações, as incluem no seu ordenamento jurídico, observadas as respectivas prescrições constitucionais. Há um procedimento de elaboração que as disciplina, de acordo com as normas da OIT.

Os Estados não são obrigados a ratificá-las. No entanto, precisam submetê-las às autoridades competentes no prazo de um ano ou, excepcionalmente, em dezoito meses. O processo de ratificação é variável, dependendo das normas constitucionais de cada Estado. O instrumento de ratificação deve ser comunicado ao Diretor-Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

7. Tratados internacionais

Os tratados internacionais são normas jurídicas resultantes das negociações entre Estados, destinadas a resolver ou prevenir situações ou estabelecer regras sobre condições de trabalho reciprocamente respeitadas. O *Tratado de Versalhes* assume especial importância, pois dele surgiu o projeto da Organização Internacional do Trabalho. A Parte XII desse tratado é considerada a constituição jurídica da OIT e foi complementada pela *Declaração de Filadélfia* (1944) e pelas reformas da *Reunião de Paris* (1945) da OIT.

O Brasil firmou tratados previdenciários com Portugal, Espanha e Itália, prevendo reciprocidade de direitos previdenciários, e com o Paraguai (Acordo de Itaipu), previdenciário e trabalhista.

O processo internacional de elaboração da norma jurídica trabalhista caracteriza-se, na época contemporânea, pela sua visível ampliação, sedimentando-se definitivamente a ponto de não faltarem arautos da internacionalização do direito do trabalho, afirmação, em que pese a nobreza dos seus propósitos, com a qual nem todos concordam.

As causas dessa evolução afiguram-se-nos duas. A primeira é a transposição do movimento trabalhista internacional, antes dependente exclusivamente da iniciativa das próprias organizações trabalhistas,

para a esfera do poder negocial dos Estados e para o âmbito comunitário. A segunda é a modificação das ideias fundamentais que inspiram o movimento trabalhista internacional, no passado um problema meramente social e de conquista de força externa, atualmente um fenômeno decididamente vinculado ao processo de integração econômica e de desenvolvimento dos povos.

Os tratados e as declarações internacionais provam do interesse do Estado em harmonizar medidas de ordem social transcendentes do seu âmbito interno, multiplicaram-se com o reconhecimento estatal da sua importância não apenas no plano social, mas também no plano econômico. Já a *Carta do Atlântico*, de 1942, é um ato de dupla natureza, econômico-social, redigida em 1941 e consubstanciando um programa assinado por Roosevelt e Churchill, com novo enfoque para o problema. A cláusula quinta da Carta do Atlântico propõe a "mais completa colaboração entre todas as nações no campo econômico, com o objetivo de assegurar a todas a melhoria das condições de trabalho, o progresso econômico e a segurança social".

Para Elorrieta e Artaza, a Carta do Atlântico encerra um programa de ação econômica e social de caráter internacional de altos propósitos, posto que trate de desenvolver a vida econômica de diversos países para melhorar os salários, habitações, educação[1]. A observação de Peso y Calvo é no mesmo sentido: "Enquanto que ao término da primeira guerra acreditou-se conveniente satisfazer as pretensões de uma classe injustamente oprimida, como era a dos trabalhadores, ao término da segunda deu-se um passo a mais; já não se tratou somente do apoio e amparo às chamadas classes economicamente débeis; sem abandonar esse caminho, chegou-se ao mais, ou, ao menos, projetou-se mais; desejou-se lograr uma elevação geral do nível de vida, uma luta geral contra a miséria, um amparo e proteção a toda sociedade, daí as chamadas doutrinas do pleno emprego e do risco unitário"[2].

O liame estabelecido entre progresso social e progresso econômico não mais se desfez. Daí por diante, o processo normativo trabalhista internacional desenvolveu-se, considerados unitariamente os dois

1. Elorieta e Artanza, *La Carta del Atlântico y la Carta de Filadelfia*, Madrid, 1945.
2. Peso y Calvo, *Regulación internacional*, cit., p. 177.

aspectos. Nesse sentido é a *Carta das Nações Unidas*[3]: "Com o propósito de criar as condições de estabilidade e bem-estar necessárias para as relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da livre determinação dos povos, a Organização promoverá: *a*) níveis de vida mais elevados, trabalho permanente para todos e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; *b*) a solução dos problemas internacionais de caráter econômico, social e sanitário e de outros problemas conexos; *c*) o respeito universal aos direitos internacionais e às liberdades fundamentais de todos, sem distinções por motivo de raça, sexo, idioma ou religião, e a efetividade de tais direitos e liberdades".

Além disso, a ONU criou um Conselho Econômico e Social, composto por 18 membros eleitos pela Assembleia Geral, tendo como objetivo o estudo de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educativo e sanitário.

A declaração da Conferência de Petrópolis, de 1952, dos Estados-membros da OIT também se põe na mesma linha: "A segurança social, como toda política que promova o bem-estar da comunidade, depende do incremento da produção e da renda nacional que, distribuída equitativamente, permite melhorar as condições gerais de vida, aumentar as oportunidades de emprego e garantir a obtenção de maiores ingressos, bens e serviços. A segurança social deve ser concebida e aplicada de tal modo que contribua para a obtenção dos seus fins e somente alcançará pleno êxito quando a referida política coincidir com programas paralelos de desenvolvimento econômico, de defesa da saúde, de desenvolvimento da educação, de suficiente produção de bens e serviços e de equilíbrio nas relações entre capital e trabalho".

Do programa de Ottawa aprovado pela VIII Conferência dos Estados Americanos membros da OIT, reunida no Canadá, em 1966, consta: "A integração regional econômica deve ser completada com o livre movimento da mão de obra".

A tendência de unificação do processo de elaboração do direito trabalhista na Europa é hoje uma realidade que nos é noticiada por

3. *Carta Orgânica*, Cap. IX.

obras de porte, entre as quais *Droit social européen*, de Lyon-Caen[4], *Les sources du droit du travail*, de Boldt, Paul Durand, Horion, Kayser, Mengoni e Molenar, juristas que escreveram uma série de livros para a Eurolibri, de estudos do direito do trabalho da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

Na Europa, objetivos econômicos inspiraram à constituição de comunidades. O *Tratado de Paris*, de 1951, instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), "um método novo de organização econômica, com instituições comuns e com harmonização de normas que representou, enfim, um mercado de dois setores básicos da economia e o começo estrutural da Comunidade Econômica Europeia". Para Lyon-Caen, essa uniformização do direito trabalhista nas comunidades aparece como "um meio de igualar as cargas e atenuar as desigualdades da concorrência internacional".

O Tratado de Paris declara que "o progresso social deve ser feito em consequência da expansão econômica", tese que merece de Lyon-Caen o seguinte comentário: "esta ideia, que nós encontramos no Mercado Comum, consiste, em suma, em não admitir uma autonomia do social em relação ao econômico, a resolver o social por meio do econômico. Os redatores do Tratado tiveram em vista, essencialmente, a criação de um grande mercado e consideraram, apenas indiretamente, uma melhoria do nível de vida das populações e também indiretamente dos trabalhadores".

Também na América Latina, conquanto sem as mesmas perspectivas da Europa, o direito do trabalho e o desenvolvimento econômico, no plano internacional, já apresentam alguns sintomas de unitarismo, como é possível depreender de alguns documentos ou iniciativas de Governos. Na IV Conferência dos Estados da América dos membros da Organização Internacional do Trabalho foi aprovada a Resolução de Montevidéu sobre aspectos sociais do desenvolvimento econômico do continente americano.

Na doutrina é pioneiro no gênero o livro de Rodolfo Napoli (*Desarrollo, integración y derecho del trabajo*) no qual o autor expõe ideias

4. Gérard Lyon-Caen, *Droit social européen*, Paris, Dalloz, 1969.

que procuraremos resumir. Napoli entende que o desenvolvimento econômico comporta, ao mesmo tempo, medidas de caráter social com a participação ativa, organizada e sistemática dos trabalhadores. A única opção com que contam os povos latino-americanos, marcados ainda pelos traços de uma sociedade tradicional, para o seu progresso, é a integração, mediante a livre e espontânea vontade de cada país, com respeito à soberania estatal e com a não intervenção em assuntos internos.

Ressalta que o progresso econômico, no entanto, não pode ser levado a cabo a qualquer preço, menos ainda se esse preço deve ser pago em maior medida pelos trabalhadores. Assim, o direito do trabalho, com todos os seus princípios e normas, ao exigir da economia um constante e crescente bem-estar para os trabalhadores, constitui um "direito condicionador do desenvolvimento econômico, pugnando por colocar a economia a serviço do povo".

O direito do trabalho e o direito de previdência social não fazem do desenvolvimento econômico uma simples questão material, pois os maiores e melhores benefícios que reclama para os trabalhadores são considerados meios que conduzem à elevação cultural e espiritual daqueles. Daí por que economia e direito do trabalho constituem dois polos de um mesmo eixo, pelo qual devem passar imaculadas as liberdades humanas, a paz e a justiça social.

Acrescenta Napoli que o direito do trabalho e previdência social tem consciência de que o desenvolvimento não pode ser aplicado como um mecanismo universal tipológico, mas sim como algo flexível, adequado a cada tempo e lugar, de maneira que o crescimento seja produzido sem graves riscos. Preocupando-se com o futuro do direito do trabalho, o ilustre jurista afirma que a nossa disciplina não tem por que comprometer a sua sorte com a do capitalismo, nem com a de um sistema econômico-social incompatível com a liberdade e dignidade humanas: "A concepção moderna de direito do trabalho como organizador e disciplinador da economia nacional e comunitária assegura a sua existência futura. Não obstante, sem abandonar o seu caráter protecionista imediato reivindicatório e mediato reformador, que constituem a sua própria essência, o direito do trabalho, nos países de economia capitalista, orienta-se no sentido da colaboração entre os fatores da produção com o fim de levá-los a cumprir uma função social".

Os tratados mais importantes para a América Latina são o *Tratado de Assunção* (1991), entre Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, do qual nasceu o Mercosul — Mercado Comum do Sul, pela sua dimensão econômica para a região, ao qual aderiram Chile e Bolívia, o *Acordo Marco com a Comunidade Andina*, criando uma zona de livre comércio entre a região andina e o Mercosul, e o *Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul*, instituindo reciprocidade de tratamento previdenciário entre os países que o integram (Decreto n. 19/97, CMC).

Para a Europa são, sem dúvida, os tratados e atos dos quais resultou a União Europeia, entre os quais o *Ato Único Europeu* (1987), o *Tratado de Maastricht* (1992) e o *Tratado de Amsterdam* (1997).

8. Diretivas comunitárias

O tema interessa à União Europeia e ao Mercosul. A Europa criou um direito próprio aplicável em seu âmbito e constituído de diversos tipos de normas. Na atualidade (2009) são 27 os países que a integram, 6 países fundadores que são Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo mais os países aderentes que são Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grécia, Espanha, Portugal, Áustria, Finlândia, Suécia, República Tcheca, Estônia, Chipre, Letônia, Lituânia, Hungria, Malta, Polônia, Eslovênia, República Eslovaca, Bulgária e Romênia.

Como mostra Lyon-Caen, em *Le droit sociale de la Communauté Européenne après le Traité de Maastricht*, a União tem como um dos objetivos "ajudar as organizações sociais que participam dos trabalhos da Comunidade a instituir serviços de formação e informação sobre negócios europeus e criar um instituto sindical europeu; promover progressivamente a participação dos trabalhadores ou dos seus representantes na vida da empresa da Comunidade e facilitar, observada a situação dos diversos países, a conclusão dos contratos coletivos europeus nos setores apropriados".

São documentos importantes, institucionais ou funcionais da União: a Ata Única Europeia (1986), o Tratado da União Europeia (1992) mais conhecido como Tratado de Maastricht, o Tratado de Amsterdam (1997), o Tratado de Niza (2001), o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (2004) e o Tratado de Lisboa (2007).

As *diretivas comunitárias* dispõem sobre direitos trabalhistas e sociais. Entre elas podemos citar: as que tratam da harmonização das leis sobre igualdade salarial em razão do sexo (1975) e sobre dispensas coletivas (1975); paridade de tratamento entre homens e mulheres (1976); transferência de empresas, estabelecimentos ou parte deles (1977); seguridade social (1978); tutela dos trabalhadores na insolvência da empresa (1980); promoção do acesso da mulher ao mercado de trabalho (1982); combate ao desemprego feminino (1984); e proteção em razão da atividade exercida (1988). As diretivas aplicam-se no direito interno de cada país-membro da Comunidade Europeia, alterando-o. Portanto, têm hierarquia superior. A mesma regra prevalece em relação às diretivas comunitárias e às Constituições desses países, estas igualmente afetadas por aquelas, segundo o princípio internacional do *pacta sunt servanda* consubstanciado no Tratado constitutivo da Comunidade.

Há uma jurisprudência da Corte de Justiça Comunitária que profere sentenças sobre questões trabalhistas, como a de 30 de janeiro de 1985, sobre a inobservância do princípio da igualdade de remuneração entre homem e mulher pela Dinamarca.

§ 31. Princípios do direito do trabalho

Sumário: 1. Os princípios no direito. 2. Os princípios no direito do trabalho. 3. A compreensão dos princípios do direito do trabalho na época contemporânea. 4. O princípio da valorização da dignidade do trabalhador. 5. Os princípios do direito do trabalho brasileiro. 6. Princípios gerais do direito do trabalho. 7. As presunções jurídicas. 8. Princípios e funções do direito do trabalho. 9. Princípios de alguns sistemas jurídicos. 10. A tensão dogmática do direito do trabalho. 11. O princípio da proporcionalidade.

1. Os princípios no direito

Princípios não são normas? Para a sua aplicação no caso concreto é necessário dar-lhes força normativa, sem a qual não terão como ser aplicados. Logo, o estudo dos princípios deve ser feito em conjunto com o das normas. A CLT (art. 8º) atribuiu ao princípio a função de integrar as lacunas da lei ao dispor que as decisões das autoridades, à falta de lei, devem ser fundadas nos princípios, com o que não lhes deu a função retificadora dos efeitos indesejáveis da aplicação de algumas normas.

Não há unanimidade no estudo dos princípios e as divergências de posições dos doutrinadores são *conceituais* porque a concepção a respeito do significado ontológico dos princípios comporta discussões. São *teleológicas* porque divergem sobre as funções dos princípios no ordenamento jurídico, e são *causais* porque existem posições diferentes quanto às fontes dos princípios, o que basta para que o estudo do tema tenha de ser desenvolvido com o maior cuidado possível.

Que são princípios?

São proposições que se colocam na base das ciências, informando-as (Cretella Jr.). São o que contém, em si, a razão de alguma outra coisa (Christian Wolf). São "verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis" (Miguel Reale).

Os princípios, segundo a *concepção jusnaturalista*, são metajurídicos, situam-se acima do direito positivo, sobre o qual exercem uma função corretiva e prioritária, de modo que prevalecem sobre as leis que os contrariam, expressando valores que não podem ser contrariados pelas leis positivas, uma vez que são regras de direito natural.

Para o *positivismo jurídico* os princípios estão situados no ordenamento jurídico, nas leis em que são plasmados, cumprindo uma função integrativa das lacunas, e são descobertos de modo indutivo, partindo das leis para atingir as regras mais gerais que delas derivam, restritos, portanto, aos parâmetros do conjunto de normas vigentes, modificáveis na medida em que os seus fundamentos de direito positivo são alterados.

Dependendo do pressuposto do intérprete, o jusnaturalismo ou o positivismo jurídico, a resposta será diferente, uma vez que segundo a primeira concepção os princípios são verdades imutáveis que estão acima do ordenamento jurídico servindo de proposições axiológicas, verdadeiros guias que iluminam aquele que vai aplicar as normas jurídicas. Outra será, no entanto, a compreensão do tema para o positivista, para quem os princípios existem no interior dos sistemas normativos. Há, como está sendo mostrado, mais de uma dimensão na apreciação do tema.

É possível, no entanto, um ponto no qual princípios e normas coincidem. São, como mostra Bobbio (*Teoria generale del diritto*), *normas como todas as outras.* Se não o fossem, completo eu, não haveria como aplicá-los, embora houvesse como declará-los. O que caracteriza a norma é a efetividade. Para adquiri-la, os princípios, necessariamente, terão um aspecto normativo.

Qual é a *extensão* dos princípios?

A mais ampla é a *concepção universalista* que sustenta que os princípios são transcendentais a determinado sistema jurídico nacional, válidos, de um modo geral, para todos os ordenamentos jurídicos. Só seriam princípios, segundo essa visão, aqueles que se colocassem acima de certo sistema. Menos ambiciosa é a *concepção nacionalista.* Os princípios são restritos a um dado ordenamento, indutivamente elaborados com base nas suas disposições e sem validade além da ordem jurídica em função da qual foram determinados.

Assim, há princípios universais e princípios nacionais. Estes quase que se confundem com notas características de certo país. Aqueles aproximam-se das regras que emanam do direito comparado ou são admitidas como de direito natural. Os princípios nacionais, por sua vez, podem referir-se a todo o direito de dado ordenamento jurídico, como também a certo setor do direito.

Qual é a função dos princípios?

De modo geral, a sua função é *interpretativa* da qual são um elemento de apoio; todavia, saber qual é sua exata função em nosso ordenamento é tema controvertido diante do disposto no art. 8º da CLT, que os equipara a um meio de integração das lacunas da lei, o que diverge do entendimento que dá aos princípios a função retificadora da lei.

Principal é a função dos princípios na *aplicação* do direito na medida em que servem de base para o juiz sentenciar. Não há dúvida, contudo, que são, para o operador do direito, uma *técnica de integração do direito.* Porém, são mais do que isso. Inserem-se na dialética que dinamiza o direito na história. As alterações do sistema legal, quando assumem uma dimensão relevante, devem atuar como base fundamental que se reflita sobre o raciocínio dogmático. Devem ser pensados também em função da nova realidade legislativa que se põe diante do doutrinador, solução que nos parece, na perspectiva do direito positivo, coerente, a menos que se admita um abismo entre o sistema legal e o sistema dogmático. Sob essa perspectiva, e ao contrário da posição da nossa lei (CLT, art. 8º) que os reduz a uma técnica para suprir lacunas, os princípios devem assumir uma função diretiva do sistema.

Princípios e direitos *fundamentais* são conceitos que se relacionam, mas acabam por cumprir o mesmo fim, mais amplo nos princípios, uma vez que se destinam a presidir o ordenamento jurídico como um todo, estabelecendo as principais diretrizes que o devem regular, enquanto direitos fundamentais são direcionados para a pessoa e sua esfera subjetiva de proteção, da qual a ordem jurídica não se pode afastar. É claro que pode um princípio ser invocado por alguém que o quer ver aplicado no caso concreto. Sob essa perspectiva os princípios seriam a fonte da qual o direito fundamental é a faculdade nela fundamentada.

Princípios são normas morais?

A ideia de princípio vai, como vimos, desde as concepções *meta-jurídicas* que os situam fora do ordenamento do direito e que levam ao mundo da ética, do *jusnaturalismo,* que os explica fora do ordenamento jurídico e como imperativo da natureza das coisas, até as concepções *positivistas* que os localizam no interior do ordenamento jurídico.

Princípios não podem ser apenas regras morais porque, se assim fosse, destituídos estariam de qualquer força jurídica vinculante. Para que adquiram essa força, devem ser também normas jurídicas. Ela só é adquirida quando aos princípios se adiciona a eficácia normativa. Assim como princípios jurídicos e normas de comportamento moral são duas esferas diferentes conquanto inter-relacionadas, expulsar os princípios para fora da ordem jurídica, projetá-los além do campo do direito seria o mesmo que torná-los inúteis e destituídos de função operacional. Os princípios estão no ordenamento jurídico caracterizando-se como valores que o direito reconhece, dos quais as regras jurídicas não se devem afastar para que possam cumprir adequadamente os seus fins.

Os princípios não podem ser identificados como diretrizes da jurisprudência porque há jurisprudência técnica que não contém princípios. Por outro lado, os princípios não devem ser equiparados a meras afirmações dos doutrinadores. Todavia, as construções da doutrina podem cumprir uma função *integrativa* ao lado da analogia e da equidade e, mais ainda, uma função corretiva mais ampla *retificadora* dos desvios do direito positivo, caso em que se sobrepõem às leis na medida em que a doutrina explica o sentido de uma lei.

A conclusão de José Antonio Ramos Pascua, no artigo "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", publicado no *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), é significativa: "Em suma, os princípios jurídicos, ainda que plasmados nas normas e instituições jurídico-positivas e coerentes com as mesmas, têm sua raiz (e seu desenvolvimento) no âmbito das valorações ético-políticas; quer dizer, são partículas do ambiente moral de cada sociedade. Por essa razão, quando o operador jurídico faz uso dos mesmos, o Direito se *autointegra* e se *heterointegra* ao mesmo tempo. Autointegra-se porque aplica elementos implícitos no Direito positivo e se heterointegra porque a correta aplicação de tais elementos presentes em germe no Direito não seria possível sem indagar-se seu autêntico sentido, coisa que exige reconstruir o conjunto do qual fazem parte: o conjunto de valorações ético-políticas imperantes na sociedade de que se trata".

Termine-se com as sábias palavras de Oliver Wendell Holmes em *O direito comum*: "a vida do Direito não foi a lógica, foi a experiência".

Todas essas noções sobre os princípios no Direito são aplicáveis aos princípios do direito do trabalho.

Em conclusão, se os princípios não têm força normativa, não podem ser aplicados na solução dos casos concretos e é evidente a necessidade da sua aplicação, que não deve limitar-se aos casos de lacunas. A necessidade de atuação dos princípios é um imperativo de efetividade do ordenamento jurídico, razão pela qual não é razoável retirar o caráter normativo da sua estrutura molecular. Assim, princípios são normas jurídicas que atuam no ordenamento como as demais normas e com hierarquia superior, salvo quando pelo teor da sua proposição for impossível a sua aplicação ou quando a sua origem for meramente doutrinária de hipótese interpretativa.

2. Os princípios no direito do trabalho

No período inicial da doutrina justrabalhista os princípios eram confundidos com regras de interpretação, com o que pouca ou nenhuma serventia tinham. O corporativismo italiano, como mostram Borsi e Pergolesi *(Trattato di diritto del lavoro),* desenvolveu uma política

econômica e social própria que repercute até os nossos dias no direito do trabalho brasileiro, todavia não chega a ser um conjunto de princípios jurídicos na medida em que considera o trabalho um valor tutelado pelo Estado e um dever social. A primeira grande construção jurídica dos princípios do direito do trabalho é do jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, publicada no seu livro *Los principios del derecho del trabajo* (1975), traduzido no Brasil, da qual será feito um resumo.

Sustenta Plá Rodriguez que no direito do trabalho há um princípio maior, o *protetor*, diante da sua finalidade de origem, que é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço. O direito do trabalho, sob essa perspectiva, é um conjunto de direitos conferidos ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa, e favorece uma das partes do vínculo jurídico, a patronal.

O princípio protetor, para Plá Rodriguez, é subdividido em três outros princípios, o *in dubio pro operario,* a *prevalência da norma favorável ao trabalhador* e a *preservação da condição mais benéfica*. O primeiro, o *in dubio pro operario*, é princípio de interpretação do direito do trabalho, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender, entre as hipóteses interpretativas cabíveis, para a mais benéfica ao trabalhador. O segundo, a *prevalência da norma favorável ao trabalhador*, é princípio de hierarquia para dar solução ao problema da aplicação do direito do trabalho no caso concreto quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, caso em que prioritária será a que favorecer o trabalhador. O terceiro, o *princípio da condição mais benéfica*, tem a função de solucionar o problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que poderiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação, no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum.

Continua o estudo a relacionar os princípios que o autor entende corresponder ao direito do trabalho para, além dos acima mencionados, referir-se a mais três subprincípios, o *princípio da realidade*, da *razoabilidade* e da *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*.

O *princípio da realidade* visa à priorização da verdade real diante da verdade formal. Entre os documentos sobre a relação de emprego e o modo efetivo como, concretamente, os fatos ocorreram, devem-se reconhecer estes em detrimento dos papéis. Mario de la Cueva, em seu *Derecho mexicano del trabajo* (1964), foi o autor da célebre frase "o contrato de trabalho é um contrato realidade". O *princípio da razoabilidade* evidencia que na interpretação dos fatos e das normas deve-se agir com bom senso. O jusfilósofo mexicano Recaséns Siches, em sua obra *Nueva filosofía de la interpretación del derecho* (1950), já ensinara que a lógica do direito é a lógica do razoável. O *princípio da irrenunciabilidade dos direitos* pelo trabalhador tem a função de fortalecer a manutenção dos seus direitos com a substituição da vontade do trabalhador, exposta às fragilidades da sua posição perante o empregador, pela da lei, impeditiva e invalidante da sua alienação.

Conexa com a finalidade dos princípios está a estrutura dos modelos do direito do trabalho.

A fase pioneira é desenhada pelos expoentes da teoria clássica, como Lodovico Barassi, na Itália, em *Il contrato di lavoro* (1915) e também, no direito peninsular, Carnelutti em *Studi sulle energie como oggetto di rapporti giuridici* (1913); na França, com Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (1907), Paul Pic em *Traité élémentaire de législation industrielle* (1904), Paul Durand e Jaussaud em *Traité de droit du travail* (1947); na Espanha com Garcia Oviedo em *Tratado elemental de derecho social* (1934); no Brasil com a obra precursora de Evaristo de Moraes, *Apontamentos de direito operário* (1905); e mais recentemente no México com Mario de la Cueva, *Derecho del trabajo* (1966).

Hoje, na sociedade pós-industrial, como a consideram Alain Touraine em *Le société post-industrial* (1969), Domenico de Masi em *A sociedade pós-industrial (*1999) e outros, como Krishan Kumar, ao explicar as teorias sobre o mundo contemporâneo em Sociedade Pós-moderna (*Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*), uma diversidade muito grande de fatos que não existiam passou a ter influência no processo de produção que se deslocou da indústria para outros setores produtivos. O capital não se identificou com uma mesma pessoa — ex., fundos de investimentos —, os detentores do conhecimento e

da informação multiplicados pela *internet* ganharam novas posições no mercado de trabalho, transformaram-se os conceitos de classe e de luta de classes, a globalização da economia e a insuficiência do Estado para fazer frente aos gastos com a proteção social e o controle do mercado financeiro influíram na questão do trabalho.

Os modelos trabalhistas tradicionais vão sofrendo modificações impostas pela realidade dos tipos de profissões e de atividades produtivas. Não podem ser configurados com base nos critérios clássicos com os quais o direito os classifica. Seria inadequado para o direito do trabalho falar em modelo *romano-germânico*, em modelo *anglo-saxônico* dos países do *common law* casuístico, não codificado como direito, como a decisão do juiz, com influência na *Inglaterra, Irlanda e Estados Unidos,* ou em *direito-religião* como o *muçulmano,* para o qual uma ordem social para ser justa deve ser fundada na religião.

Os modelos foram outros: o *corporativista,* o *socialista* e o *liberalista* ou *fordismo, taylorismo* e *toyotismo* na medida em que a produção em massa robotiza-se, com o que no presente toda classificação que tenha a pretensão de se aproximar da realidade deve abandonar esses conceitos e tomar como ponto de partida uma noção essencialmente jurídica que se presta a todo e qualquer sistema de produção ou espécie de trabalho, a noção *do tipo de norma preponderante*: a) o modelo legislado que é o latino-americano; b) o modelo negociado que é o norte-americano; c) e o modelo comunitário que é o europeu, este estudado, com amplitude, por Luisa Galantino, em *Lineamenti di diritto comunitario del lavoro* (1997).

Esses, como se vê, não são direitos fundamentais do trabalhador. São características sobre modelos de relações de trabalho.

3. A compreensão dos princípios do direito do trabalho na época contemporânea

No período contemporâneo o princípio protetor, antes absoluto, passa a ser relativo na medida em que cede em algumas situações nas quais a razoabilidade o excepciona.

Um dos primeiros posicionamentos críticos do protecionismo é o do jurista português Bernardo da Gama Lobo Xavier (*Curso de di-*

reito do trabalho): ‘‘Simplesmente, do fato de as normas do trabalho funcionarem, em regra, para proteger o trabalhador não se extrai qualquer princípio hermenêutico com aplicação prática. Basta pensar que nas leis de trabalho se encontram também as fontes de legitimidade dos poderes patronais (*v. g.*, poder regulamentar, diretivo e disciplinar) e, mesmo quanto às normas especificamente tutelares do trabalho, elas só podem pretender proteger os trabalhadores até um certo ponto. Consideramos nesta matéria como válidas as considerações que fizemos há mais de 25 anos, em fase bem recuada na elaboração do Direito do Trabalho português, em que dizíamos: no que toca ao método de interpretação e integração e quanto à análise dos interesses em jogo, não deixou de precaver-se contra o hábito, muito enraizado, que tende a desvalorizar inteiramente as conveniências das empresas e das entidades patronais e apenas acentua os interesses dos prestadores de trabalho. Na verdade, o nosso direito laboral não existe somente para a proteção e defesa dos trabalhadores. Antes se destina a conseguir, em ordem ao bem comum e de acordo com critérios próprios de justiça social, o equilíbrio de interesses legítimos e contrastantes — o dos trabalhadores e os das entidades patronais. Rejeitaram-se, pois, aqui princípios muito apregoados, como o do melhor tratamento do trabalhador e outros que tais — que, aliás, constituem um sinal de técnica jurídica rudimentar”.

E acrescenta: “O Direito do Trabalho de hoje não tem apenas em atenção a justiça e equilíbrio do relacionamento entre os sujeitos do contrato individual de trabalho — patrões e trabalhadores — ou as suas organizações de classe. O Direito do Trabalho atual está profundamente inspirado pelos interesses gerais, pois define afinal a expressão do fator trabalho no mundo sociopolítico, na economia e na organização da empresa. Pois não é verdade que as normas laborais influenciam determinadamente as condições de vida da política ativa, a funcionalidade da gestão e a solidez das empresas, a produção, a distribuição de rendimentos e a paz social? Ora, estes valores são dificilmente ponderáveis por um critério interpretativo desintegrador e acanhado como o do *favor laboratoris*. Daí que se tenda cada vez mais para uma visão do Direito do Trabalho como estatuto comum da população ativa, determinado pelo interesse público (marcadamente o da política de emprego) e não como uma mera fórmula de composição de interesses

individuais das partes (dos patrões e trabalhadores enquanto contraentes). Não ficará assim muito lugar para um *favor laboratoris* como critério interpretativo. Parece-nos, pois, que se aplicam às normas de trabalho as regras gerais relativas à interpretação das normas jurídicas''.

E mostra, como outra das razões pelas quais esse é o seu pensamento, que ''a tendência internacional é hoje contrária a um sistema articulado que funcionava como regalias em cascata nas seguintes formas: fixavam-se mínimos na contratação coletiva a nível nacional, destinados a serem implementados setorial e regionalmente (nas convenções coletivas de trabalho de cada atividade) e, sobretudo, nas próprias empresas (*v. g.* nos acordos da empresa). Hoje, num contexto de crise, os governos e as associações sindicais e patronais marcham decididamente contra esse sistema de regalias em cascata: assim, a nível nacional fixam-se mínimos e máximos, a que deve obedecer a contratação coletiva setorial, regional ou empresarial, que não pode instituir regalias mais favoráveis, a não ser em certas condições''.

Outra versão dos princípios do direito do trabalho é a de Maria do Rosário Palma Ramalho exposta na sua dissertação de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e publicada com o título *Da autonomia dogmática do direito do trabalho* (2000).

Para Maria do Rosário, princípios são "as valorações culturais ou éticas mais importantes reveladas pelas normas por elas validadas como seu fundamento justificativo", e que, no caso português, são três, com desdobramentos ou subprincípios: o *princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no vínculo laboral*, o *princípio do coletivo* e o *princípio da autotutela laboral*. A singularidade dessas proposições passa a ser mostrada.

O princípio da *compensação* é decorrência "da complexidade estrutural da relação de emprego e da posição que o trabalhador e o empregador nela ocupam, concretizando-se em dois princípios menores, que se referem, respectivamente, a cada uma das partes: o princípio da proteção ao trabalhador, que acode às necessidades de tutela da sua pessoa e do seu patrimônio perante o vínculo laboral; e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, que lhe assegura as condições necessárias ao cumprimento das suas obrigações

contratuais e, indiretamente, viabiliza o contrato de trabalho". Concretizam o princípio da proteção ao trabalhador princípios como "o da segurança no emprego, o da suficiência salarial, o da conciliação da vida profissional com a vida privada e familiar, o da assistência ao trabalhador ou o do *favor laboratoris;* concretizam o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador princípios como o da colaboração numa empresa e poderes como o poder diretivo e o poder disciplinar".

O *princípio do coletivo* "evidencia a orientação geral do direito do trabalho para valorizar uma componente coletiva ou de grupo nos fenômenos laborais coletivos e no vínculo de trabalho, justificando que o trabalhador e o empregador sejam considerados não tanto como indivíduos, mas, sobretudo, enquanto membros dos grupos com os quais se relacionam, por efeito do contrato de trabalho ou da qualidade de trabalhador subordinado e da qualidade de empregador". São suas concretizações a autonomia coletiva, a gestão dos trabalhadores na empresa, a primazia do coletivo, a interdependência dos vínculos laborais na organização e a igualdade de tratamento entre os trabalhadores.

O *princípio da autotutela laboral* assegura a proteção dos interesses do empregador e do trabalhador, bem como dos seus institutos fundamentais, o contrato de trabalho e a greve, mediante o poder disciplinar e o direito de greve.

Comparadas as duas construções teóricas, a de Plá Rodriguez, fundamental para os estudos do tema, e a dos críticos contemporâneos, verifica-se que naquela construção há uma *concepção universalista* e *unilateralista* nem sempre coincidente com a realidade do direito positivo de um país em determinado momento, enquanto as proposições dos autores portugueses mostram uma concepção *dialética e multilateral*, vendo no sistema legal a base do suporte dogmático dos princípios doutrinários.

Admitem a compensação — referem-se ao desequilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho — necessária em favor do empregado diante da sua posição subordinada no contrato individual de trabalho, porém reconhecem que ao empregador o direito do trabalho faz concessões e atribui poderes inerentes a toda a organização para que se viabilize como tal, entre os quais o poder diretivo, sem pôr em

causa o valor da proteção do trabalhador, mas permitindo, no enunciado dos princípios, o reposicionamento da atual crise do direito do trabalho na procura de respostas para os desafios que enfrenta.

Observe-se, ainda, que para Maria do Rosário o princípio da norma favorável ao trabalhador, que cumpre importante finalidade, não é absoluto; tem exceções, uma vez que o direito do trabalho de alguns países admite derrogação *in pejus* de normas legais pelas convenções coletivas como mecanismo de valorização das negociações coletivas e da autonomia coletiva dos particulares no sistema de direito do trabalho. É o que acontece no Brasil com a exceção aberta pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, VI), que admite acordos coletivos de redução salarial; o que também se verifica, por força da legislação infraconstitucional, na desinvestidura de exercentes de cargos de confiança, no poder disciplinar do empregador e no *jus variandi*, perspectiva segundo a qual o *princípio protetor*, central no direito do trabalho, não é mais importante que o da *razoabilidade*, de modo que este é o princípio básico e não aquele. Não é viável proteger o trabalhador quando a proteção não se mostra razoável.

Motivos dessa ordem abrem caminho para outras construções dos princípios no direito do trabalho.

Tratar do tema no período contemporâneo é um desafio dos mais instigantes para quem deseja compreender em toda a sua complexidade o mundo das ideias fundantes do direito do trabalho. Uma nova visão do tema está surgindo, adequada aos imperativos da época que atravessamos e às crises econômicas que caminham na história com o direito do trabalho.

O estudo dos princípios atinge, na época contemporânea, um prestígio que supera o de outras épocas. Talvez seja adequado falar em redescoberta dos princípios diante da proposta da sua aplicação direta aos casos concretos, caso em que passam a cumprir uma função normativa. Exemplifique-se com o princípio da *autonomia coletiva dos particulares*, do direito italiano, segundo o qual a liberdade sindical é o marco fundamental do direito coletivo. Manifesta-se com a adoção de diversas medidas destinadas a assegurar a livre constituição de sindicatos, a liberdade de administração dos sindicatos pelos próprios interessados sem interferências do Estado, a livre negociação das con-

dições de trabalho entre os sindicatos de trabalhadores e empregadores e a autotutela sindical.

O princípio protetor não cedeu nem deve ceder lugar, mas é visível o contraste entre a sua força inicial e o desamparo de grande parte da população. Com maior amplitude, vê-se na atualidade a aplicação do princípio da *valorização da dignidade da pessoa humana*. No Brasil tem a vantagem, o que não acontece com o princípio protetor, de ter nível legal constitucional (CF, art. 1º, III). O quadro atual provoca a procura de soluções. O problema maior está no modelo de relações de trabalho e na abertura tipológica dos contratos individuais de trabalho em dimensões que a aproximem das multivariadas situações que o mundo real apresenta.

4. O princípio da valorização da dignidade do trabalhador

O *princípio dos princípios* do ordenamento jurídico brasileiro é a *proteção da dignidade do ser humano (CF, art. 1º, III)*. Reordena e amplia a tutela econômica para transformá-la em tutela também moral do trabalhador. A Constituição Federal do Brasil (art. 1º, III) declara que nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento, entre outros valores, a *dignidade da pessoa humana*. A dignidade é um valor subjacente a numerosas regras de direito. A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais.

Como afirmam Ghestion, Goubeaux, Fabre-Magnan, em *Introduction générale de droit* (1994), se o direito orienta a atividade humana em função de uma ética inspirada na procura da justiça, essa ética, como concluiu Retterer, poderá encontrar suas raízes profundas no conceito de dignidade. A dignidade, tema do livro *Ethique, droit et dignité de la personne,* coletânea de estudos coordenados por Philippe Pedrot (1999), tem sido uma constante nas declarações, princípios e normas fundamentais, o que mostra que o ser humano não é um meio mas um fim em si mesmo. Para Kant a dignidade é um imperativo categórico.

Dela ocupam-se diversas declarações. A Carta das Nações Unidas (1945) proclama a sua "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana". A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) pronuncia que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial" e que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos".

A Constituição do Brasil (1988), art. 1º, dispõe que "a República tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político", seguindo, nesse ponto, a mesma diretriz das Constituições de outros países.

Outras Constituições acolhem o mesmo princípio: a Lei Fundamental da Alemanha (1949) declara que "a dignidade do homem é intangível"; a Constituição da Espanha (1978) dispõe que "a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade (...) são o fundamento da ordem política e da paz social"; a Constituição da Itália (1947) declara que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei"; a Constituição de Portugal (art. 1º) dispõe que "a República é fundada sobre a dignidade da pessoa humana e a vontade popular"; a Constituição da Bélgica (art. 23) dispõe que "cada um tem o direito de ter uma vida conforme a dignidade humana".

Impõe-se, portanto, como medida de valorização da pessoa humana que trabalha, a regulamentação do preceito constitucional de 1988 (art. 1º, III).

Em que consiste a valorização da dignidade?

Não há, em nosso ordenamento jurídico, a indicação dos meios que levem à sua efetivação. Essa lacuna dá margem a insegurança jurídica. Nem sempre o princípio é aplicável adequadamente. Tudo depende dos fatos e das configurações jurídicas que se apresentem no caso concreto. As normas infraconstitucionais deveriam explicitar o seu campo de atuação. Esse campo deve ser o dos *direitos de personalidade* e da *tutela contra danos morais*, da proibição do trabalho da criança e da proteção do trabalho precário do adolescente e do trabalhador rural, e da proibição da discriminação.

A ideia da proteção dos direitos de personalidade surgiu na França no âmbito do direito civil para a defesa de todo cidadão, como explica Jean Carbonnier.

Que são direitos de personalidade?

Para parte da doutrina civilista não existem direitos de personalidade, mas, sim, existe a personalidade da pessoa humana e desta irradiam-se diversos bens jurídicos tuteláveis de per si. A personalidade, assim, não é um direito, mas um componente substancial do ser humano. O certo é que, quer como direitos de personalidade, expressão que ganhou destaque, quer como direito voltado para a valorização do ser humano no que tem de mais substancial que é o ser mesmo, o direito civil passou a dispor sobre o tema.

Ganha destaque a legislação trabalhista de Portugal por meio de diversos dispositivos dos quais segue o resumo abaixo.

Aplicam-se aos contratos de trabalho as normas de proteção aos direitos de personalidade, de não discriminação, segurança, saúde, trabalho da mulher, da criança e do adolescente; o trabalhador e o empregador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes guardar sigilo quanto à intimidade da vida privada; o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, principalmente os relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, ao estado de saúde e às convicções políticas e religiosas, salvo se necessárias ao exercício da atividade.

O empregador não pode exigir do candidato a emprego ou dos empregados que prestem informações relativas à sua vida privada, à sua saúde, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem ou forem estritamente necessárias e relevantes para a avaliação da sua aptidão para o trabalho e o trabalhador e o empregador gozam do direito à respectiva integridade física e moral.

O dano moral e patrimonial ou a prática de qualquer ato discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego gera ao ofendido o direito de receber do ofensor uma indenização proporcional à dimensão da ofensa e à capacidade de pagamento do agressor. O juiz

ao fixar a indenização a fundamentará em fatores objetivos, na conformidade das consequências sofridas pela vítima como ser humano, considerando, para esse fim e quando cabível, as indicações da perícia técnica, bem como a capacidade econômica daquele que vai pagá-la.

O empregador, no exercício do seu poder de direção e fiscalização, pode utilizar, quando justificados, meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho, o comportamento e a atividade profissional do trabalhador.

O trabalhador tem o direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte nomeadamente do correio eletrônico de seu uso quando autorizado pelo empregador a usá-lo para fins particulares e alheios ao serviço.

É vedada a revista de pertences do trabalhador no ambiente de trabalho, desde que abusiva e de modo a afetar a sua intimidade e integridade física e moral, e a empresa deve desenvolver esforços no sentido de, dentro da sua capacidade econômica, substituir revista pessoal por eletrônica.

É vedada a prática de qualquer ato de discriminação, direta ou indireta, com origem na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, todavia, não constitui discriminação o comportamento fundado num desses fatores sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais ou do contexto da sua execução, esse fator constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional.

Constitui discriminação a prática do assédio a trabalhador e empregador no ambiente de trabalho; entende-se por assédio todo comportamento indesejado, reiterado, praticado na contratação ou no próprio ambiente de trabalho, que afete a dignidade da pessoa ou crie um ambiente intimidatório, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

Entende-se por assédio moral todo comportamento de natureza psicológica, repetitivo e prolongado, praticado no ambiente de trabalho,

pelo empregador, superior hierárquico ou não, contra trabalhador ou pelo trabalhador contra pessoa representante do empregador, com o objetivo ou efeito de afetar ou tentar afetar a saúde psíquica e a dignidade psicológica da pessoa humana ou criar um ambiente hostil, humilhante e emocionalmente desestabilizador.

Constitui ainda assédio moral todo comportamento contra o trabalhador que implique a prática de perseguição ou menosprezo no ambiente de trabalho como os atos destinados a excluir uma pessoa de sua atividade profissional, a exigência de serviço de objetivo ou prazo inatingível, a atribuição de tarefas de realização impossível, a manipulação da reputação pessoal ou profissional de uma pessoa por meio de rumores e ridicularização, o abuso de poder por menosprezo, os ataques persistentes e negativos ao rendimento pessoal ou profissional sem justificação, o controle desmedido do rendimento de uma pessoa.

Em conclusão, a lei de Portugal é um bom exemplo de como podemos aperfeiçoar a nossa legislação num sentido de modernidade, o que nos parece absolutamente necessário em nosso país e suficiente para mostrar que a CLT deve ser aperfeiçoada e que modificações como essas não têm sentido precarizante do trabalho.

5. Os princípios do direito do trabalho brasileiro

A CLT (1943), art. 8º, ao dispor que "as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente de direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público", enuncia um único princípio, o princípio da prevalência do bem comum, e embora faça uma referência aos princípios o faz para dizer que devem ter uma função.

Qual é a função dos princípios pela nossa lei trabalhista?

É a integração das lacunas. Nos casos de ausência de leis, de jurisprudência, de regras contratuais os princípios devem servir de critério de solução das controvérsias. É um papel muito acanhado dado aos princípios pela CLT.

Jurisprudência não é princípio. É o conjunto de decisões do Poder Judiciário em determinado sentido de modo a fixar uma diretriz. *Analogia* e *equidade* também não são princípios. São técnicas de integração do sistema de normas diante de lacunas. Logo, não podem ser equiparados, como fez a CLT, a *outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho*. Por outro lado, ao nivelar os princípios do direito do trabalho com as técnicas de integração do direito na falta de disposições legais ou contratuais, deu aos princípios uma finalidade que é importante, mas não a única, ao lado da analogia e da equidade, cobrir os vazios do espaço normativo, mas não lhes atribuiu função *retificadora das injustiças da lei*.

Diante desse quadro não é possível ficar no âmbito restrito do direito do trabalho, impondo-se ir além para melhor equacionamento do tema com uma construção dogmática dos princípios o quanto possível mais próxima do nosso sistema normativo e constitucional.

A ordem jurídica deve preservar *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (CF, art. 1º, IV)*,* a *dignidade da pessoa* (CF, art. 1º, III), *a igualdade de todos perante a lei* (CF, art. 5º)*, a inviolabilidade da honra, da intimidade e da vida privada da pessoa* (CF, art. 5º, X)*, o direito a indenização nos casos de dano material ou moral* (CF, art. 5º, V)*, a liberdade de trabalho* (art. 5º, XIII), *o direito a acesso à informação* (CF, art. 5º, XIV), *a proibição da interferência e intervenção do Poder Público na organização sindical, com exceções* (CF, art. 8º)*, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos* (CF, art. 7º, XXVI) *a boa-fé objetiva* (CC, arts. 187 e 422) e *a função social do contrato* (CC, art. 421).

Nas relações coletivas de trabalho, o *princípio da autonomia coletiva dos particulares* é o fundamento do poder negocial do qual resultam os contratos coletivos de trabalho fruto da negociação coletiva.

6. Princípios gerais do direito do trabalho

Os princípios gerais do direito do trabalho, válidos para todos os sistemas jurídicos, são suficientemente explícitos.

Primeiro, o princípio da *liberdade de trabalho,* que preserva a vontade, uma vez que o trabalho deve ser prestado por deliberação do

agente, sendo ilícitas outras formas que não respeitem nas relações profissionais de trabalho esse postulado fundamental contrário às formas coativas e de constrangimento do trabalhador. É repudiado pela consciência social o trabalho forçado e as formas análogas à do trabalho escravo.

Segundo, o princípio do direito de *organização sindical* qualquer que seja o regime político ou econômico, tanto nos países capitalistas como socialistas, uma vez que o movimento sindical é uma realidade integrante da democracia.

Terceiro, o princípio das *garantias mínimas do trabalhador* respeitado também de forma transcendental, uma vez que em todos os países há direitos trabalhistas que são impostergáveis e fundamentais e que não podem coexistir com outros incompatíveis com um marco civilizatório que o direito do trabalho deve preservar.

Quarto, o princípio da *multinormatividade do direito do trabalho,* segundo o qual os seus centros de positivação não se reduzem a um só com o Estado. A norma jurídica trabalhista emana do Estado mas também de outras fontes, entre as quais os sindicatos em sua legítima atividade negocial e as empresas como um dos componentes do diálogo social.

Quinto, o princípio da *norma favorável* ao trabalhador, já exposto, em suas funções. É considerado princípio de elaboração da norma jurídica quando atua no sentido de influir nos critérios inspiradores do avanço das leis especialmente nas ocasiões de reforma da legislação. É princípio de aplicação do direito do trabalho quando proporciona a adoção de meios técnicos destinados a resolver o problema da hierarquia e da prevalência, entre muitas, de uma norma no confronto com outras normas que podem atuar na solução dos casos concretos. É, finalmente, princípio de interpretação quando permite a solução das dúvidas sobre o sentido da norma jurídica. Todavia, não é um comando absoluto porque existem leis que impedem a adoção do critério que o conduz.

Sexto, o princípio da *igualdade salarial* de todos os sistemas jurídicos, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXIII), das Constituições e das leis infraconstitucionais.

Sétimo, o princípio da *justa remuneração* cuja função é garantir adequada retribuição pelos serviços prestados.

Oitavo, o princípio do *direito ao descanso,* que fundamenta a inserção nos ordenamentos jurídicos de normas voltadas para a obrigatoriedade de repousos diários, semanais e anuais do trabalhador.

Nono, o princípio do *direito ao emprego,* também enunciado como princípio do *direito ao trabalho,* em razão do qual o Estado tem o dever de promover medidas econômicas destinadas à abertura de frentes de trabalho em dimensão suficiente para absorver a mão de obra que ingressa na ordem trabalhista e de impedir o desemprego.

Décimo, o direito à *previdência social,* centralizando-se no Estado o dever de organizar sistemas previdenciários que dispensem adequada proteção ao trabalhador nos períodos em que, diante dos riscos a que se sujeita, vê-se impossibilitado de trabalhar.

Décimo primeiro, o *princípio da condição mais benéfica,* correspondendo, no direito do trabalho, ao princípio do direito adquirido do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal do Brasil e que nos contratos de trato sucessivo sofre limitações.

Décimo segundo, o princípio da *irrenunciabilidade* correlato à inderrogabilidade da norma jurídica trabalhista, salvo nos casos restritos em que a derrogabilidade é admitida.

7. As presunções jurídicas

Formaram-se algumas presunções jurídicas destinadas a proteger o empregado e a reduzir as dificuldades de ônus de prova.

São confundidas por alguns juristas com os princípios e na verdade muito se assemelham a estes.

Fundamentam-se em alguns casos na lei, como, no Brasil, com a figura da dispensa obstativa. A Lei n. 6.708, de 1978, art. 9º, assegura ao empregado despedido sem justa causa, no período de 30 dias que antecedem a vigência de correção salarial coletiva, o pagamento de uma indenização adicional no valor de uma remuneração mensal, presumindo fraudulenta a dispensa obstativa da aquisição do direito à correção salarial.

Outro exemplo é o da dispensa da gestante sem justa causa, presumindo-se, por força de doutrina e jurisprudência, obstativa da aquisição da estabilidade especial da gestante.

A jurisprudência criou outra presunção prevista na STST n. 43: "Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço".

Há presunções absolutas e relativas, aquelas também denominadas *iuris et de iure,* que não admitem prova em contrário; outras são presunções *iuris tantum*, que permitem prova em contrário para infirmar as conclusões que delas advêm, matéria que se relaciona com o direito processual do trabalho e de que são exemplos a confissão *ficta*, que gera presunção relativa, e o desconhecimento da lei, do enunciado segundo o qual a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei (LICC, art. 3º).

8. Princípios e funções do direito do trabalho

Cabe indagar se o que tem sido posto como princípios do direito do trabalho é mesmo enquadrável nessa categoria.

O debate maior está em outra dimensão, nas relações e diferenças entre *princípios* e *regras* de direito, de modo que o que para alguns são princípios para outros não, são regras de direito.

A mesma preocupação surge quando da comparação entre princípios e funções do direito do trabalho. Todavia, é a mesma diferença que há entre *começo*, onde estão os princípios, e *fins*, onde se situam as funções.

Avalie-se o *favor laboratoris.* É um princípio ou uma função? Para muitos, no período contemporâneo, deve ser entendido apenas numa perspectiva histórica, principalmente como fazem os doutrinadores que contestam o protecionismo radical e preferem a compreensão dos fins do direito do trabalho como um direito especial estabelecido para a defesa de um interesse geral onde se inclui toda a comunidade da qual fazem parte trabalhadores e empregadores e que tem como escopo maior a defesa do bem comum a ser preservado.

Essa tese vem desde a doutrina social da Igreja Católica para a qual a questão social deve ser resolvida levando-se em conta três ordens

de equacionamento: os *interesses dos trabalhadores*, as *possibilidades do empregador* e os *imperativos do bem comum*. É o que de certa forma mostra o art. 8º da CLT ao indicar as técnicas de decisão das questões trabalhistas, ao ressalvar que *nenhum interesse de classe ou particular deverá prevalecer sobre o interesse público.*

O sistema de valores que o direito do trabalho pretende realizar, o papel que o direito do trabalho desempenha na sociedade, não pode excluir a realização do bem comum.

Não é apenas a *função tutelar do trabalhador,* conquanto esta se situe no centro das suas funções, mas não é a única. Já se falou que o direito do trabalho desempenha uma função *opressora do Estado,* nada mais sendo que uma força de que o Estado sempre se utilizou para controlar os movimentos operários, tese que, se cabível fosse no corporativismo, hoje já não tem sustentação.

O direito do trabalho realiza uma função social e econômica na medida em que se esforça para equacionar devidamente os interesses contrapostos do trabalho e do capital, mas também não é destinado à *realização de valores econômicos,* salvo se essa realização puder coincidir com os seus objetivos sociais, pois se assim não fosse seria parte do direito econômico. Contudo, a *realização de valores sociais* no confronto entre interesses contrapostos não coincide sempre com o atendimento das reivindicações sociais que dependem, também, das possibilidades do desenvolvimento econômico, daí ser melhor exprimir o papel do direito do trabalho na sociedade como um setor do direito que tem por incumbência normatizar as relações de trabalho e compor os conflitos entre empregadores e trabalhadores. Trata-se, assim posta a questão, de atribuir-lhe uma *função coordenadora dos interesses* de modo a evitar sempre a absorção do homem pelas imposições indevidas do mercado.

9. Princípios de alguns sistemas jurídicos

Há princípios que, embora não acolhidos de modo universal, destacam-se em alguns sistemas jurídicos.

Exemplifique-se com o princípio da *autonomia coletiva dos particulares*, do direito italiano, segundo o qual a liberdade sindical é o marco fundamental do direito coletivo.

Manifesta-se com a adoção de diversas medidas destinadas a assegurar a livre constituição de sindicatos, a liberdade de administração dos sindicatos pelos próprios interessados, sem interferências do Estado, a livre negociação das condições de trabalho entre os sindicatos de trabalhadores e empregadores e a autotutela sindical, significando o poder de composição dos conflitos coletivos pelos sindicatos sem intervenção do Estado.

No direito da Alemanha foram criados alguns princípios sobre direito de greve que ganharam destaque também, entre os quais o princípio da *greve como última "ratio"* e o princípio da paridade de armas nos conflitos coletivos.

Há países que adotam expressamente o princípio da *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*, em razão do qual o trabalhador não pode abrir mão dos direitos que lhe são conferidos pelas normas jurídicas.

Finalmente, inclua-se o princípio da *continuidade da relação de emprego*, que recomenda a preferência legal pelos contratos por prazo indeterminado, as limitações impostas aos contratos por prazo determinado e a inserção, nas leis e nas convenções coletivas, de diversas técnicas tendentes a disciplinar a dispensa do empregado, impedindo-a sem causa jurídica ou dificultando-a bastante.

Mencionem-se, também aqui, os princípios do direito do trabalho segundo o conceituado professor uruguaio Américo Plá Rodriguez: o princípio protetor e seus desdobramentos em subprincípios (o princípio da norma favorável, o princípio da condição mais benéfica, o *in dubio pro operario*, o princípio da realidade, o princípio da irrenunciabilidade e outros).

10. A tensão dogmática do direito do trabalho

Sob a perspectiva dogmática, usada a expressão *dogmática jurídica* não exatamente no sentido de estudo doutrinário do direito, nem no de método ou estilo doutrinário particular, mas como parte da doutrina dedicada ao estudo ou à elaboração dos chamados *dogmas jurídicos*[1], não vemos como negar uma visível tensão no direito do traba-

1. Ricardo Guastini, *Das fontes às normas* (trad.), São Paulo, Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 165.

lho, sabendo-se que o direito é fruto de tensões entre fatos, valores e normas que numa dinâmica dialética vai-se alterando.

Cuida-se, aqui, das ideias do direito do trabalho.

Porém, as ideias não nascem num vazio. São fortemente marcadas pelos fatos. Levam-se em conta os fatos que se desenvolvem no plano sociológico e as transformações tanto dos modos de produção como das estruturas de trabalho. Somando-se esse plano de avaliação ao das normas contemporâneas do direito do trabalho evidencia-se um aparente conflito dogmático.

O princípio protetor, razão de ser do direito do trabalho, *está diante de um fenômeno socioeconômico* com reflexos jurídicos.

Depara-se com o seguinte quadro:

— *Nem todas as leis do direito do trabalho destinam-se à proteção do trabalhador*, mas, diretamente, voltam-se, também, para o atendimento das exigências do desenvolvimento técnico da organização patronal para que possa cumprir os seus fins (p. ex., poder disciplinar e de direção do empregador, suspensões e advertências aplicáveis ao empregado, contratos por prazo, suspensão do contrato em casos de crises econômicas, afastamento da estabilidade absoluta pela relativa em casos especiais, poder de despedir com ou sem justa causa mediante reparações econômicas, sistema de compensação de horas com o pagamento das horas extras moduladas não em dinheiro, mas em tempo reduzido correspondente, validade de acordos ou convenções coletivas de redução dos salários, admissibilidade de terceirização das atividades empresariais de suporte ou atividades-meio, recuperação judicial e extrajudicial das empresas e limitações dos créditos do empregado da falida a um teto, alargamento para 24 anos da idade máxima de aprendizagem etc.).

— *Avança a proteção do trabalhador, o que reafirma o seu princípio básico protetor, para outras áreas* das quais o direito do trabalho clássico não se ocupou ou o fez secundariamente sem a mesma força atual (p. ex., proibição de prática discriminatória e limitativa do acesso ao emprego, sua manutenção ou extinção, apoio às pessoas portadoras de deficiência inclusive com um sistema de quotas de vagas na empresa, indenização ao ofendido por dano moral, assédio moral ou assédio sexual, valorização dos direitos de personalidade do emprega-

do, atendimento a imperativos familiares do empregado com licença da gestante, da mãe adotiva, licença-paternidade, estabilidade da gestante, intervalos de meia hora para a mãe-empregada, na fase de amamentação, proteção ao idoso com um estatuto legal próprio, combate ao trabalho em condição análoga à de escravo, proteção ao menor envolvido em trabalho prejudicial, inclusão de empregados e aposentados em um sistema que lhes permite empréstimos pessoais mediante descontos na folha de pagamento).

— *A participação do empregador é sempre crescente nas relações de trabalho e* não se limita, apenas, à pessoa do empregado e expandem-se em dimensão maior, por ter o empregador, salvo exceções, uma organização, com o que suas obrigações aumentam por força de lei ou de jurisprudência (p. ex., defesa do meio ambiente do trabalho, fornecimento de alimentação, responsabilidade social, campanhas de educação preventivas contra a possibilidade da prática de abusos sexuais do empregado, atender à representação dos trabalhadores na empresa, obrigatoriedade de diálogo com o sindicato e às suas seguidas pautas relacionando pleitos salariais, instalação de creches ou escola, concessão de planos de saúde e de previdência complementar etc.

Cresce a percepção de que o direito do trabalho não é unilateralista no sentido de se voltar assumida e unicamente para o trabalhador como direito de classe, como foi em seus primórdios, porque sempre considerou, também, a salvaguarda dos interesses do empregador para assegurar o equilíbrio do sistema, aspecto que exerce uma pressão no princípio protetor certamente não desestabilizadora, mas rerregulamentadora, mais próxima da ideia do vínculo de emprego como uma relação *pessoal-organizacional*.

11. O princípio da proporcionalidade

Os estudos sobre o princípio da proporcionalidade intensificaram-se, dedicando-se ao tema Gac-Pech, em *La proportionnalité en droit privé des contrats,* tese, LGDJ, 2000; Cornesse, em *La proportionnalité en droit du travail*, tese, Litec, 2000; Lécuyer, Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, Petites affiches, 1998; e Nadège Meyer, em *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2006.

São expressivas as considerações desses autores.

O princípio surgiu no direito público, voltado principalmente para questões nas quais está em discussão o tema ordem pública geral e absoluta e suas adaptações quando duas normas do mesmo nível de inderrogabilidade mostram-se em confronto, situação em que são discutidas a questão de hierarquia e a forma de superar o conflito.

O princípio passou a ser aplicado também no direito privado e, por sua vez, no direito do trabalho, por força do antigo art. L-120-2 do *Code du Travail*, da França, que dispunha que as restrições impostas a certas liberdades seriam *justificadas pela natureza da tarefa a cumprir* e *proporcionais aos fins procurados,* o que é explicado por Nadège como um esforço necessário de adequação entre a justificação e a proporção entre o sacrifício da liberdade e os imperativos da ordem pública. A Corte de Cassação da França já o aplicou em uma questão trabalhista na qual se discutiu se o empregado estava obrigado a usar equipamentos de proteção à vida e à integridade física que considerava desconfortáveis, e a aplicação do princípio foi no sentido de que o desconforto era necessário diante do bem maior tutelado.

Tudo mostra que o princípio da proporcionalidade é uma regra de aplicação do direito diante de duas opções possíveis: aquela que preserva o direito ou a liberdade e aquela que o restringe, ou sacrifica, porém num contexto em que o sacrifício é considerado proporcionalmente necessário. Parece-me, também, tratar-se de uma regra de equilíbrio na decisão dos casos concretos, portanto uma nova versão da antiga *lógica do razoável* com outra roupagem e outro nome. A proporcionalidade como critério de julgamento vem ganhando aceitação.

Canaris, professor catedrático da Universidade de Munique e autor de *Direitos fundamentais e direito privado*, o vê "no contexto da proibição de excesso para a concretização da proibição de insuficiência", o que, a meu ver, significa a *inafastabilidade da ponderação* em todas as soluções jurídicas em direito privado.

Trata-se de importante estudo sobre o alcance dos direitos fundamentais no direito privado e sobre o sentido de defesa ou de proteção, por isso sua aplicação vem merecendo aceitação em nossos cursos de doutorado.

Antes de Canaris, a doutrina alemã já ressaltava a importância da aplicação dos princípios constitucionais de direito público nas relações de direito privado, tema já tratado nos debates a respeito do direito constitucional, porque assim como o Estado é obrigado a respeitá-los nas relações com o cidadão, também entre particulares, como na relação de emprego, os mesmos direitos devem ser aplicados com as necessárias adaptações.

Capítulo VII

Interpretação, integração e aplicação da norma jurídica

§ 32. Noções propedêuticas

Sumário: 1. A unidade do processo de concretização da norma. 2. As fases do processo integrado. 3. O literalismo. 4. A função da interpretação sistemática. 5. A integração. 6 Aplicação. 7. As transformações na ideia da interpretação.

1. A unidade do processo de concretização da norma

A teoria das normas jurídicas nos põe diante dos tipos de normas existentes no ordenamento jurídico revelando-nos onde está o direito do trabalho consubstanciado e com que tipo de instrumento normativo podemos contar. Todavia, não nos mostra como devemos utilizar essas normas. Se há uma questão da mais alta relevância para o direito, é essa, que agora passamos a ver. Na atualidade ainda não são unânimes as conclusões a respeito do que se deva melhor entender a respeito dela. O que se sabe é que o tema se refere ao epílogo da operação jurídica, isto é, ao momento da concretização da pirâmide normativa em determinada e individual situação visando à solução do caso concreto. Como se vê, é tarefa que se relaciona com a própria compreensão do Direito e ao exercício da jurisdição.

A primeira observação a fazer é a respeito das três funções, *interpretação, integração* e *aplicação* das normas. São funções independentes e autônomas ou são partes componentes do mesmo todo? São, como nos parece melhor, fases de um só, mesmo e indecomponível procedimento. Para aplicar a norma é necessário interpretá-la. Não há aplicação sem interpretação. E a norma, quando não é adequada ao caso concreto, para ser aplicada tem de ser integrada.

A procura da norma certa no universo normativo — sobre o qual Bobbio disse que tem tantas estrelas que não podemos sequer contar o seu número — é um primeiro ato da aplicação normativa. Para conhecer qual é a norma certa é necessário interpretá-la, sem o que é impossível dizer que esta ou aquela é a norma certa para o caso concreto. Sempre há, diante do intérprete, fatos ou situações cuja leitura está para o jurista assim como está a partitura musical para o maestro. Impõe-se fazer a exata adequação da norma aos parâmetros em que se situa. A concretização da norma é, portanto, um ato de escolha e que exige uma tarefa de cognição de determinada situação e da tipicidade descrita na norma.

Põe-se a atuação da norma no caso concreto, na etapa final, na base da estrutura piramidal das normas que se desenvolve a partir da norma de maior para a de menor generalidade entre as que integram o sistema. O maior grau de concreção está na sentença do juiz. Na concepção kelseniana a sentença do juiz é uma *norma individualizada*, o ponto final do processo de conversão, sob a iniciativa do juiz, da norma abstrata para se transformar em norma concreta para o deslinde do caso.

Esses elementos do processo de concretização da norma, embora sejam fases de uma unidade, têm a sua particularidade porque interpretar é comparar o *ser* com o *dever-ser.* Em outras palavras, os fatos conhecidos pelo juiz são por ele subsumidos à norma de que dispõe e pela qual após a sua compreensão optou. Os fatos descritos na norma pelo legislador são *fatos típicos* e vistos em sua realidade social são *fatos puros*, sociológicos. A *tipicidade* e a *realidade* devem aproximar-se nesse momento. A interpretação é dos fatos ou do direito ou somente deste, conforme a natureza da lide. Tanto os fatos como a norma exigem interpretação que se é dos fatos pressupõe a reconstituição possível da verdade revelada pelas provas produzidas nos autos do processo, e se da norma consiste em entender o significado nela contido. A reprodução dos fatos às vezes é controvertida. Entram, aqui, as regras de produção e de ônus da prova estabelecida pelo direito.

Outra observação deve ser inicialmente feita. No direito do trabalho, mais que no direito comum, existem diversos tipos de normas.

São pertinentes as lições de Castanheira Neves *(O actual problema metodológico da interpretação jurídica): "*O problema da

interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no atual contexto metodológico. Deixou-se de conceber-se tão só e estritamente como interpretação da lei, para se pensar como ato de realização do direito. E isto significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota, por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que havemos de compreender na realização do direito — em termos de se dizer que esta será o que aquela for —, antes é pela problemática autônoma e específica da realização do direito e como seu momento metodológico-normativo que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei, com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se altera: de interpretação da lei converte-se em interpretação do direito, de novo a *interpretatio legis* se confronta com a *interpretatio juris*".

2. As fases do processo integrado

Conhecer, entender, escolher e aplicar.

A primeira atitude do operador do direito ou do intérprete, a inicial, envolve de sua parte uma série de opções que dependem não só da norma objetivamente considerada mas das suas preferências fruto de sua vontade que vai influir na sua determinação.

Não se pense, todavia, que o ato de escolha possa ser aleatório. É um ato de vontade, mas também é um ato de inteligência que pode levar a duas consequências, a boa escolha que dará sequência a esse *iter*, ou a má escolha que já compromete definitivamente o sucesso do resultado da operação lógica quando a norma escolhida não é adequada ao caso concreto.

Duas são as principais transformações que ocorreram no estudo moderno do tema. Primeira, a unidade lógica que relaciona interpretação, integração e aplicação, momentos inter-relacionados de uma mesma e única operação lógica. Segunda, em especial no direito do trabalho e do pluralismo das suas fontes e normas, a insuficiência em dizer interpretação da lei e a necessidade de falar interpretação das normas porque o quadro normativo do direito do trabalho reúne normas

provenientes do Estado e normas que vêm da autonomia privada coletiva, portanto variedade maior de normas a considerar.

A inadequação da norma aplicável ao caso concreto só é evitada quando o ato de escolha da norma a ser atuada for jurídico e não apenas volitivo, o que põe o intérprete desde logo em contato direto com os fatos que serão a base da sua atuação, a correspondência entre esses fatos e a norma pela qual o intérprete fez a sua opção e a juridicidade do seu comportamento, com o que se pretende dizer que a relação estabelecida em decorrência da escolha não pode ser destituída de uma estrita e rigorosa consubstanciação nos quadros do direito, das normas e do ordenamento jurídico. Se não for assim, o operador do direito ultrapassará os limites da sua atuação, deixando de ser um intérprete para se tornar um cantor desafinado de uma sinfonia.

E, para esse fim, é necessário de início interpretar. A interpretação é a primeira etapa nesse difícil caminho a percorrer no mundo das normas e exige do intérprete todos os seus conhecimentos jurídicos para evitar que a sua escolha venha a comprometer desde logo a atuação da norma, que só terá sucesso na medida em que o intérprete souber com sensibilidade jurídica comparar os fatos com a espécie típica descrita pela norma, o que não é fácil principalmente quando o ato de escolha eivar-se do defeito da inobservância da máxima de identificação para a subsunção.

Descoberto o texto a ser aplicado, que será da lei, da convenção coletiva, do acordo coletivo, do tratado internacional, do costume, do regulamento, terá continuidade a tarefa interpretativa que exige um ato cognitivo: conhecer o *significado da norma.* A norma não se limita nem se reduz à sua letra e às vezes nem mesmo se confunde com ela, mas é por meio dela que se deve começar. É o que se chama *interpretação gramatical*.

3. O literalismo

O *literalismo*, hoje abandonado, floresceu no período do Código Civil de Napoleão. Mas não se quer dizer com isso que a interpretação deva suprimir essa primeira etapa ou que deva esquartejar as palavras da lei. Não é isso. O que se deve entender é que nem sempre será

possível interpretar a lei apenas no sentido rigoroso das suas palavras, mesmo porque as palavras podem mudar de sentido no tempo. As palavras que hoje têm um significado depois de algum tempo podem ter um sentido diferente.

Não se quer afirmar que as leis redigidas com clareza não necessitam de interpretação. Se não forem interpretadas, como concluir se elas são claras ou não? Assim, a interpretação torna-se necessária em todas as leis, claras ou obscuras. Em primeiro lugar tem-se de atender às palavras com as quais a norma foi expressa para chegar ao seu significado.

Como ensina Galvão Telles (*Introdução do estudo do direito*), a utilização do elemento literal representa apenas o ponto de partida da interpretação, é como que a sua fase embrionária e mais rude. As palavras nem sempre bastam. Umas vezes são vagas, outras vezes são equívocas, outras vezes, ainda, dizem menos ou mais. O sentido literal é um possível sentido da lei. Outras tarefas devem completá-lo. Nem sempre o sentido linguístico é bastante para mostrar todo o conteúdo de uma norma jurídica.

4. A função da interpretação sistemática

O ato interpretativo pressupõe uma relação entre normas integrantes do ordenamento jurídico e nesse sentido é possível falar em *interpretação sistemática,* que é o enlace entre a norma tomada para a aplicação e outras normas do sistema visando a estabelecer uma conexão entre todas para do conjunto resultar uma conclusão mais próxima da vontade da lei. Nesse ponto procura-se não apenas o que a norma escolhida declara, mas o que ela representa no quadro normativo com as demais normas, sempre sob o comando da Constituição.

Para que essa relação possa ser estabelecida em padrões jurídicos, impõe-se, nessa fase da operação lógico-interpretativa, comparar as normas do sistema com a que se pretende aplicar, etapa interpretativa em que se avalia o verdadeiro valor da norma que se pretende concretizar, e para tal fim há recursos indicados pelo direito, pertinentes ao tipo e à natureza de norma, entre outros, saber se a norma é de ordem pública, caso em que não admitirá dispositividade, ou se a norma é

dispositiva caso em que o poder dispositivo das partes deve ser aceito, o que é raro no direito do trabalho tendo em vista a sua primordial natureza de normas de ordem pública social.

5. A integração

Integrar é utilizar uma norma que não foi feita para o caso concreto, mas que, por guardar semelhança com ele, deve ser aplicada. É possível, assim, e também, entre diversos outros percalços na tarefa da concretização da norma, percorrido o quadro normativo, nele não ser encontrada uma norma que corresponda aos fatos ou a questão de direito em debate, isto é, o problema das lacunas, caso em que o juiz não poderá deixar de julgar e quando autorizado pela lei, como o é pela lei trabalhista brasileira (CLT, art. 8º), terá uma série da outras possibilidades, como a analogia, a equidade, a aplicação do direito comum, do direito estrangeiro e dos princípios do direito do trabalho.

Vê-se, portanto, a amplitude da tarefa da aplicação do direito e as etapas sucessivas a serem percorridas pelo intérprete e que incluem a possibilidade da concorrência de duas normas que igualmente descrevem o fato típico, caso em que surge a dificuldade de definir entre elas a que deve prevalecer em um sentido de hierarquia.

6. Aplicação

Aplicar a norma é decidir que a norma interpretada e, quando necessário, integrada está pronta para atuar na situação concreta. A moldura da aplicação é a sentença. O conteúdo da aplicação é a decisão do juiz na conformidade da sua vontade limitada pelo sistema. Assim, é impossível aplicar sem integrar, como também não é possível aplicar sem interpretar, sem o que não se saberia o que está sendo aplicado.

7. As transformações na ideia da interpretação

Tudo muda no tempo, nada é fixo ou imutável, assim também o direito e as ideias a respeito da interpretação que se alteraram não

apenas quanto à ideia da interpretação sistemática mas quanto à necessidade da interpretação gramatical como início de uma trajetória lógico-jurídica que levará à interpretação sistemática. Assim, esta passa a ser um complemento necessário da interpretação gramatical. Só a interpretação sistemática dará ao intérprete a segurança de que necessita para atuar o direito.

Entende-se atualmente que a interpretação é um ato de realização do direito.

Como entender essa afirmação?

Numa primeira formulação, interpretar era um ato isolado, estático, não relacionado com outras operações lógico-interpretativas necessárias para a aplicação da norma jurídica. Todavia, a evolução do pensamento jurídico e a certeza de que as normas nem sempre são insuficientes para oferecer solução para todos os conflitos propostos perante o juiz modificaram a posição do intérprete diante da lei.

Ao ser compreendida como uma realização do direito, a interpretação ganhou maior dimensão, uma vez que passou a abranger todos os atos necessários para que a norma jurídica pudesse ser devidamente aplicada na individualização da norma o que conferia ao intérprete maior flexibilidade para o ato interpretativo,

Realizar o direito é promover todas as medidas para que ele seja aplicado na solução de cada conflito, individual ou coletivo, o que leva o juiz a valer-se de um conjunto de meios jurídicos muito maior do que seria a sua mera leitura de um texto de lei para entendê-lo, pois exige mais que isso até chegar-se ao epílogo do processo de individualização da pirâmide normativa com a entrega da prestação jurisdicional.

As leis são *elaboradas* tendo em vista não só o seu sentido e finalidade técnica.

Muitas vezes traduzem na literalidade do seu teor uma solução política do legislador que no momento da sua aprovação pelo Congresso teve o único escopo de superar um antagonismo político impeditivo do prosseguimento do processo legislativo.

Ilustre-se com um exemplo. A Constituição de 1988 dispõe: proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, mediante lei complementar que preverá indenização, entre outros direitos. O texto

resultou de uma composição política entre grupos que defendiam posições contrárias diante da estabilidade no emprego, o grupo dos sindicalistas que a queria desde o início do vínculo de emprego e, de outro lado, a bancada patronal que a rejeitava. A primeira parte do texto — proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa — agradou os sindicalistas. Desagradou, no entanto, os empregadores, daí a segunda parte do texto — *mediante lei complementar que preverá indenização, entre outros direitos*.

Ora, o texto exige uma interpretação lógica e sistemática. E fácil ver que indenização não é proteção contra dispensa arbitrária, porque é reparação de uma dispensa já ocorrida, o que desnuda toda a incoerência do texto tornando difícil, se não impossível, a sua interpretação literal para remeter o intérprete a outras escolhas entre as diversas hipóteses que a norma contém, uma das quais comanda o sentido da lei, a indenização como meio de reparação da dispensa. Por outro lado, a estabilidade, salvo em casos especiais, foi afastada do nosso ordenamento jurídico quando da sua substituição pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Admite-se, em outra perspectiva, a atualização interpretativa. Uma lei antiga, que não tem maior eficácia porque o seu teor está superado, não pode ser interpretada senão em função do momento em que é aplicada e não daquele em que foi elaborada.

§ 33. Evolução da interpretação

Sumário: 1. A interpretação do direito comum e a Escola Exegética. 2. A interpretação do direito comum e a Escola Histórica. 3. A interpretação do direito comum e a Escola do Direito Livre. 4. O concretismo interpretativo. 5. As técnicas de interpretação do direito comum. 6. O pensamento dos juslaboralistas sobre o problema. 7. A jurisprudência de valores e o direito do trabalho. 8. O juiz como intérprete do direito. 9. O psicologismo jurídico. 10. Direito e linguagem. 11. Interpretação unitária, diversificada e interpretação dos contratos individuais.

1. A interpretação do direito comum e a Escola Exegética

Toda interpretação pode suscitar inúmeras discussões e também divergências, não só porque o intérprete sempre inicia a sua avaliação, como corretamente ensina Arthur Kaufmann, em *Filosofia do direito*, fiel à assertiva de que todo compreender começa com uma pré-compreensão condicionada a todo tipo de influência, sociológica, ideológica, jurídica e, até mesmo, de conveniência, como, também porque difícil é, para o intérprete, situar-se num ponto objetivo distante da sua subjetividade, capaz de permitir uma visão o quanto possível isenta dos fatores pessoais no seu ato de interpretar.

A hermenêutica revela que diversas correntes doutrinárias se formaram e que, reunidas as suas notas características principais, resultam três sistemas interpretativos básicos, que são os que passamos a expor.

O primeiro é a Escola Exegética, que parte do pressuposto de que o intérprete do direito é um escravo da lei: "L'interprète est réellement

l'esclave de la loi, en ce sens qu'il ne peut pas opposer sa volonté à celle du législateur" (Laurent).

Assim, o seu primeiro traço distintivo é o culto ao texto da lei e não o culto do direito, este reservado aos jurisconsultos. "Não conheço o direito civil, só ensino o Código de Napoleão", dizia um dos seus defensores, Bugnet. "Os Códigos — afirmava Laurent — não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito, o direito está feito. Não existem dúvidas, pois o direito está escrito em textos autênticos. Mas para que os Códigos apresentem esta vantagem, é preciso que os autores e magistrados aceitem a sua nova posição. Com prazer diria que devem resignar-se a ela. Não obstante, haveria um erro em ver nisso uma abdicação ou decadência. Não é verdade que o papel do jurisconsulto está reduzido, só que não deve ter a ambição de fazer o direito ao ensiná-lo ou aplicá-lo; sua única missão consiste em aplicá-lo... A ele não toca o trabalho de legislar, senão ao Poder Legislativo."

Demolombe fez esta categórica afirmação: "Os textos antes de tudo. Publico um Curso do Código de Napoleão. Tenho por objeto, portanto, interpretar, explicar o Código de Napoleão mesmo, considerado como lei viva, como lei aplicável e obrigatória e minha preferência pelo método dogmático não me impedirá de ter sempre, como base, os artigos mesmos da lei".

Outra peculiaridade do método exegético, além do culto da lei, é o predomínio da intenção do legislador na interpretação do texto de lei, pois um texto não vale nada por si mesmo, senão unicamente pela intenção do legislador que se considera nele traduzida.

É fácil depreender que a Escola Exegética não pode satisfazer às necessidades próprias da interpretação do direito do trabalho. Nasceu sob o signo do Código de Napoleão, para atender às exigências próprias da época, de uma estatalidade jurídica incompatível com o pluricentrismo do direito do trabalho. Neste não é a lei nem o Código a sua única forma de expressão. Também as convenções coletivas, os regulamentos de empresa, os usos e costumes, os tratados e convenções internacionais formam um quadro que difere basicamente daquele que os civilistas da Escola Exegética tinham diante dos olhos.

Acrescente-se que o culto da lei, motivação do método exegético, decorreu do imperativo de unificação do direito a que se assistiu na época (século XIX). Como o Código de Napoleão expressou essa unificação do direito positivo, impunha-se a restrição consubstanciada no confinamento aos seus textos e disposições expressas, desprezando-se outras elaborações.

Assim, o contexto em que se situa o direito do trabalho é diferente, não obstante a exegese ter deixado escola, inclusive no Brasil.

2. A interpretação do direito comum e a Escola Histórica

Os fundamentos da Escola Histórica de interpretação do direito são encontrados nas ideias difundidas por Savigny, para quem o direito é um produto da história, surge da consciência do povo (*Volksgeist*), desenvolve-se com o povo e modifica-se quando este perde a sua individualidade, encontrando, portanto, a sua expressão inconsciente por meio do costume e não da lei. Sendo o costume superior à lei, a vontade do legislador, por consequência, é substituída pela vontade do povo, a qual deve ser atendida pelo intérprete. Quando o pensamento da lei aparecer em contraste com o que o intérprete considera como a expressão da consciência coletiva do povo, no momento da aplicação da lei, deve ele preferir a revelação direta dessa fonte comum e mais profunda (Mário Franzen de Lima). A atitude de maior flexibilidade diante dos textos caracteriza, portanto, o método histórico-evolutivo.

Savigny, combatendo as ideias de Thibault, assinala que toda codificação é obra falsa e arbitrária "porque é feita com ideias sistemáticas e desconhece o desenvolvimento histórico do direito. A codificação impede a ciência de marchar com o século, imobiliza o espírito dos jurisconsultos pela fixação de suas fórmulas e priva o direito de melhorias sucessivas que lhe dariam uma interpretação mais livre".

Pondo em discussão o problema da utilidade de codificações, Savigny debateu a própria questão interpretativa porque, se o direito não encontra a sua expressão unicamente nas letras da lei e provém do espírito do povo, a tarefa do julgador não pode restringir-se à aplicação dos preceitos nos termos gramaticais em que se encontram, mas sim segundo as condições e as circunstâncias da cultura do momento da

prestação jurisdicional. Não é desejável que o juiz detenha, imobilize, impeça de progredir o direito. "O direito — diz Savigny — é antes de tudo um produto dos costumes e das convicções do povo e só posteriormente o resultado da jurisprudência, de tal maneira que é sempre e em todos os momentos a consequência da ação de forças internas espontâneas e nunca da criação do arbítrio de um legislador."

Hegel já se referira ao "espírito do povo" como fonte do direito[1]. Georg Friedrich Puchta (1798-1846) também desenvolveu essa ideia, sustentando que o direito encontra suas raízes nas convicções do povo e na consciência que sobre elas é formada. Representantes importantes da Escola Histórica são, também, Karl Friedrich Eichomorn (1781-1854) e Jacob Grimm (1785-1863).

Objeta-se, contra a Escola Histórica, passar por alto sobre a lei e não precisar melhorar o conceito de espírito do povo. Parece-nos, todavia, que o direito — e portanto também o direito do trabalho —, como produto cultural, é basicamente uma construção da história, aspecto que pode conectar de algum modo a interpretação histórica ao seu contexto.

3. A interpretação do direito comum e a Escola do Direito Livre

Funda-se na ideia de que, sendo a interpretação um problema metajurídico e não contendo a lei todos os comandos necessários para abranger todos os fatos que ocorrem na vida concreta, a sentença é, também, um ato criativo, de justa distribuição do direito. A lei só pode governar para o presente e não para o futuro. Sua interpretação é uma constante adaptação da norma às contingências.

Alexandre Alvarez (*Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil,* 1904) entende que, se não é arbitrária, a interpretação deve ser compreendida na concepção que resulta do estudo dos fenômenos sociais e da sua influência sobre as relações jurídicas. "O Poder Judiciário deve ter, como o Poder Legislativo, a faculdade de regulamentar as relações jurídicas: os juízes deveriam

1. *Religião do povo e cristianismo*, 1793.

poder, como os antigos parlamentos, editar disposições análogas aos antigos *arrêts de règlement*."

Leroy (*La loi:* essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie, 1908) ensina que "a vida não pode, durante muito tempo, corresponder às regras dos legisladores; mais sagaz, mais hábil, ela escapa à sua vigilância, dá saltos rápidos e imprevistos. A experiência dos mais velhos parlamentares não alcançou senão velhas estratégias. Mas, quando as regras legais não deixam toda a liberdade à sociabilidade e tentam, quimericamente, acorrentá-la, sucede que o juiz, diante dos artigos claros da lei, em desacordo com os interesses correntes, opta por estes, em detrimento daqueles. A verdade é que não pode ele fazer outra coisa".

Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, 1904, v. 3) frisa que "o direito consuetudinário põe o poder diretor do direito privado nas mãos da jurisprudência, retirando-o do poder supremo. Há um fato universal e inevitável, a interpretação das leis pela autoridade judiciária fornece mil ocasiões de modificar a regra geral, e mesmo, por vezes, o juiz chega a paralisar a vontade do legislador".

A Escola do Direito Livre tem as suas bases doutrinárias estabelecidas segundo os seguintes fundamentos: a constante mutação do fenômeno social; a necessidade de o direito acompanhar essas mutações; a insuficiência dos silogismos e construções lógicas; a inexistência da plenitude da ordem jurídica; o reconhecimento de que a vontade da lei é uma mística; a afirmação de que a criação do direito não é exclusividade do legislador.

Assim, admite a livre criação do direito pelo intérprete na avaliação dos interesses que se chocam. Desde que o direito vive em torno de nós e nós o sentimos viver, a função interpretativa ganha outro sentido e é também criadora. O intérprete deve inspirar-se no direito justo (Stammler), no direito natural (Jung), nas normas de cultura (Meyer), no sentido jurídico (Schlossmann e Sturm) ou na equidade (Schmölder, Brie etc.).

Raízes históricas do direito livre são encontradas no pretor romano e no juiz anglo-saxônico (o realismo jurídico, de natureza sociológica). Deve-se na França a François Geny o movimento da livre pesquisa do direito.

4. O concretismo interpretativo

Retomamos o tema interpretação para mostrar outro aspecto. O intérprete começa com uma *pré-compreensão condicionada*. A condição que o motiva leva-o a um tipo de conclusão. A motivação pode ser sociológica, ideológica, sentimental, jurídica e até mesmo de conveniência. Sempre há um tipo de pressuposto cultural voltado para os objetivos práticos do ato interpretativo como ato não só de compreensão hermenêutica da lei, mas de elaboração complementar do direito no caso concreto. A individualização da norma é uma tarefa cuja execução quase sempre exige a contribuição construtiva complementar e final do intérprete.

O *concretismo interpretativo* rejeita a Escola Exegética e a interpretação gramatical do texto jurídico, que transforma o intérprete do direito em escravo da lei, não se convence da conveniência do predomínio da intenção do legislador, não aceita as conclusões da Escola Histórica, da qual se distingue porque tem restrições à ideia de que o direito é um produto da história e surge da consciência do povo. Reconhece a variabilidade como uma presença constante e em sentido contextual. Não compactua com os pressupostos da Escola do Direito Livre embora dela em parte se aproxime por ser um pouco do *realismo jurídico anglo-saxônico*.

Das ideias que o fundamentam pode-se ter uma boa noção com os estudos de Castanheira Neves em *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* (2003), para quem a interpretação é a própria realização do direito, porque o direito existe para realizar-se e o que não passa para a realidade não existe a não ser no papel, de modo que a norma só se realiza no caso concreto e a partir do caso concreto. O problema da interpretação jurídica acaba sendo, diz Castanheira Neves, o problema da concreta realização normativa do direito, o núcleo do direito, um ato de decidibilidade jurídica e não de mera hermenêutica de textos, de natureza constitutiva sendo a norma não uma entidade de sentido absoluto e invariável, mas uma variável afirmativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca aplicada com o sentido e o significado inerentes às exigências justificativas da situação concreta. Com suas palavras: o centro metodologicamente referente está no *juízo* e não diretamente

na norma, caracterizando-se como um problema normativo e não hermenêutico, em sentido analítico-linguístico.

O método quer dizer que o juiz parte e inicia a sua avaliação do caso concreto para atingir a normatividade jurídica na qual procura os elementos para dar sentido e fundamento à sua decisão, no exercício de uma tarefa constitutiva de integração das exigências da questão particular que o transporta indutivamente do caso para o texto em sentido prático-decisório. Assim, a interpretação jurídica tem um sentido *prático-judicativo-normativo* e não apenas linguístico-hermenêutico. A tarefa do intérprete é indutiva partindo do fato para subir ao mundo das normas no qual vai identificar aquela que mais de perto com ele se relacione.

A questão que se põe e deve ser devidamente aprofundada está em saber a dimensão que se dá à avaliação do caso e de suas características como um *prius* e que não seria possível senão à luz de valores que, evidentemente, dele não emergem, mas de um pressuposto ético-normativo que qualifica a *jurisprudência de valores.*

5. As técnicas de interpretação do direito comum

Para atuar o direito, o intérprete vale-se de diferentes técnicas que de certo modo correspondem e encontram fundamentação nos princípios sustentados pelas escolas jusfilosóficas de interpretação do direito.

Essas técnicas são as seguintes: a) *Interpretação gramatical*. Consiste na verificação do sentido exato do texto gramatical das normas jurídicas, do alcance das palavras empregadas pelo legislador. Desse limite o intérprete não pode afastar-se, sob pena de nulidade. b) *Interpretação lógica*. Procura estabelecer uma conexão entre os diferentes textos legais, supondo os meios fornecidos pela interpretação gramatical. c) *Interpretação teleológica*.Volta-se para a procura do fim objetivado pelo legislador, elegendo-o como fonte do processo interpretativo do texto legal. d) *Interpretação extensiva*. Também denominada ampliativa, verifica-se quando a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida. e) *Interpretação restritiva*. Supõe que o legislador, ao elaborar a norma, usou de expressões mais amplas do que o seu pensamento. f) *Interpretação autêntica.* Também denomi-

nada legal ou legislativa, é a que emana do próprio órgão que estabeleceu a norma interpretada declarando o seu sentido e conteúdo por meio de outra norma jurídica.

6. O pensamento dos juslaboralistas sobre o problema

Na primeira fase, o direito do trabalho identificou o princípio *in dubio pro operario* como *interpretação* e *princípio*, como um só e mesmo estudo, integrando-se, portanto, normas de hermenêutica e princípio do direito do trabalho, com o que toda a sua interpretação se direcionou para um só sentido, o mais benéfico ao trabalhador, mais tarde substituído pelo princípio da norma favorável.

Mario de la Cueva[2] sustenta que "a interpretação do direito do trabalho consiste em julgá-lo de acordo com a sua natureza, isto é, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social para obter, imediatamente, uma melhoria das suas condições de vida". E acrescenta: "Seria grave erro pensar que o direito do trabalho trata de regular as relações jurídicas conforme princípios abstratos. Seu conteúdo é econômico; quando se dita uma lei ou se celebra um contrato coletivo ou se emite uma sentença coletiva, tomam-se em consideração necessidades econômicas e a capacidade das empresas. A própria classe patronal reconhece o conteúdo econômico do direito do trabalho, e, por isso, quando defende um conflito diante das Juntas, não somente fala de justiça, mas também de necessidade e capacidade econômicas. É indubitável que os propósitos do direito do trabalho traduzem um ideal de justiça, uma ideia moral, mas estes ideais morais e jurídicos são o *dever de dar satisfação às necessidades que poderiam chamar-se vitais de uma classe social*; os ideais jurídicos e morais são um reflexo das necessidades econômicas".

É natural que os primeiros estudos sobre hermenêutica tenham sofrido, como não poderia deixar de ser, a influência dos princípios do *direito do trabalho* e das numerosas leis destinadas à proteção dos assalariados, surgindo o movimento, bastante difundido, que recomendou ao intérprete, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei tra-

2. *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1960.

balhista, adotar a interpretação mais favorável ao trabalhador, tendo como básico um princípio, o *in dubio pro operario*, em consonância com o legislador, expressão da sua decisão de intervir pelos interesses dos trabalhadores. A condição social do trabalhador, o desejo de promover a sua melhoria na sociedade, a inferioridade econômica em que se achava e o drama do proletariado foram decisivos para a interpretação, favorecendo sempre o trabalhador, por influência, também, do *in dubio pro reo.*

Essa tendência é exemplificada pelas afirmações de Mario de la Cueva. Sustenta que a interpretação do *direito do trabalho* consiste em julgá-lo de acordo com a sua natureza, isto é, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social para obter, imediatamente, uma melhoria das suas condições de vida.

Seria grave erro, como afirmou, pensar que o *direito do trabalho* trata de regular as relações jurídicas conforme princípios abstratos, pois o seu conteúdo é econômico, já que, quando se dita uma lei, é celebrado um contrato coletivo ou é proferida uma sentença coletiva, são tomadas em consideração necessidades econômicas e a capacidade das empresas. Essas premissas levaram-no a concluir que é indubitável que a interpretação deve traduzir ideais morais e jurídicos e o propósito de dar satisfação às necessidades que poderiam chamar-se vitais de uma classe social. Nesses termos, a jurisprudência seria um veículo de promoção econômica dos empregados.

Essa concepção fez com que o estudo da interpretação não fosse voltado para a hermenêutica em si, confundindo-se com o dos princípios do *direito do trabalho*, elaborados pela doutrina, com os quais está de algum modo entrelaçada, em uma relação de meio e fim, mas não identificada, como se fosse um único tema e a ser resolvido pelo juiz, sempre com o favorecimento do mais fraco.

Sobre essa diretriz observam Paul Durand e Jaussaud[3] que "um movimento bastante difundido recomenda, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei trabalhista, adotar a interpretação mais favorável ao trabalhador. O princípio é justo. Numerosas são as leis que têm por

3. *Traité de droit du travail*, Paris, 1947.

objeto a proteção dos assalariados. O legislador exprimiu de uma certa maneira sua decisão de intervir pelos interesses dos trabalhadores e o intérprete deve satisfazer essa vontade. Dessa interpretação liberal, a jurisprudência dá exemplos: ela estende aos ajustes anteriores ao pagamento as regras restritivas sobre a compensação; ela admite, em matéria de acidentes de trabalho, presunções relativas à materialidade do acidente e ao liame de causalidade; ela aplica aos *extras* as regras sobre repouso semanal. O princípio de uma interpretação favorável aos assalariados é, portanto, legítimo".

Manuel Alonso García[4] adverte, no entanto, que o princípio do *in dubio pro operario* como fonte inspiradora do legislador não se confunde com a sua aplicação jurisdicional, que deve sofrer restrições: "A função tutelar do juiz, nas relações jurídico-laborais e enquanto expressão do princípio *pro operario*, não pode invadir o campo reservado ao legislador. Seu trabalho é meramente aplicativo. E só desse modo o juiz pode desenvolver o conteúdo do referido princípio. Tal desenvolvimento, no âmbito judicial, tem, a nosso ver, uma única possibilidade: a que nasça da interpretação da norma. Entre várias interpretações possíveis — todas, portanto, ajustadas ao direito — o juiz pode seguir a mais favorável ao trabalhador. Na realidade, o princípio *pro operario* converte-se, por este caminho, em mera tradução, no campo jurídico-laboral, do que é o princípio *pro reo* no direito penal".

Prossegue: "O princípio *pro operario* não é, pois, princípio judicial, senão enquanto e só enquanto da interpretação da norma, levada a cabo pelo juiz, resultam vários sentidos possíveis — todos lógicos e justos —, dos quais algum será mais favorável ao trabalhador que o outro ou os demais. No mais quer dizer, em sua essência mesma — o princípio *pro operario* é, única e exclusivamente, um princípio ou manifestação legal. A doutrina pronuncia-se hoje já plenamente nesse sentido. Todos coincidem em afirmar que não é o juiz o indicado para fazer do princípio *pro operario* um mecanismo de criação de normas. Inclusive, aplicado pela via legal, afirma-se que é um princípio em crise, cuja época de máximo desenvolvimento correspondeu aos mo-

4. *Curso de derecho del trabajo,* Madrid, 1964.

mentos nos quais o direito do trabalho era disciplina em formação, mas cuja força e sentido decresceram notavelmente no tempo, quando o direito do trabalho é ramo jurídico com suas concepções plenamente elaboradas e com um conjunto normativo regulador das distintas situações possíveis dentro do mundo do direito".

E acrescenta, quanto ao *princípio da norma favorável*, "que o seu duplo aspecto, um de aplicação de uma norma entre diversas dispondo simultaneamente sobre a mesma matéria, resolvendo segundo as técnicas que resolvem o problema da hierarquia das leis no direito do trabalho, outro consistindo na tarefa de saber, tratando-se de uma única norma aplicável a uma relação jurídica, o sentido que deve prevalecer entre os vários sentidos possíveis. Segundo o princípio da norma favorável, deve ser observada pelo julgador, dentre as várias interpretações cabíveis, aquela que mais favoreça o trabalhador".

Uma primeira apreciação dualista aparece em pensadores que, como Bayon Chacón e Pérez Botija[5], mostram que os princípios orientadores podem influir em três tipos de interpretação das leis trabalhistas: a) a interpretação autêntica, emanada do próprio órgão que elabora a norma; b) a interpretação administrativa, dos órgãos administrativos e previdenciários, dando origem a interpretações semiautênticas, como as disposições ministeriais; c) a interpretação judicial, das Magistraturas Trabalhistas.

E sustentam que "o juiz que se utilizou durante muitos anos da interpretação exegética, procurando desentranhar o verdadeiro pensamento do legislador, quando teve que se pronunciar sobre matéria trabalhista, estimou que o fim último das leis trabalhistas fosse a melhoria social e considerou que adotando em cada caso de possível dúvida ou obscuridade o critério mais favorável ao trabalhador, refletiria melhor o critério legislativo. Assim, toda interpretação das leis no sentido *pro operario* parecia uma fiel exegese das leis sobre o trabalho. Essa orientação favorável ao trabalhador, que não coloca problemas jurídicos no momento legislativo, pois a lei em sentido formal pode resolver cada questão com absoluta liberdade, derrogando o direito oposto e precedente, traz problemas no momento regulamentar ou no

5. *Manual de derecho del trabajo*, Madrid, 1967-1969.

jurisdicional. Até que ponto podem a Administração ou o juiz forçar licitamente a interpretação literal dos textos para lograr um 'avanço social', para obter um resultado favorável aos trabalhadores? Uma e outro atuaram com nobre audácia jurídica na matéria, em contraste com a timidez legislativa; mas, em realidade, esse trabalho propulsionador de uma política social, mais ou menos admissível nos momentos iniciais da nossa legislação trabalhista, não aparece hoje tão lógico e, às vezes, pode resultar contrário ao chamado estado de direito".

Concluem que sobre toda a tarefa interpretativa deve sobrepor-se a ideia de justiça social: "A ideia de justiça preside toda a elaboração do direito e, por isso, há de reger também sua interpretação. Mas, quando se fala de justiça social, não se quer dizer somente a justiça no social, senão que se alude a uma classe determinada, específica de justiça e se pretende diferenciá-la perfeitamente do gênero. O termo *justiça social* tem sido empregado em diversas acepções: expressa o ponto de vista do socialismo frente à justiça burguesa, a doutrina social católica o interpreta como uma justiça natural na sociedade etc. Nasceu como ideia quando da aplicação da justiça aos problemas trabalhistas com sentido de proteção ao trabalhador e tem sido uma bandeira arrancada aos partidos revolucionários que primeiro a elaboraram e que hoje é utilizada até pelos politicamente mais conservadores. Seus princípios básicos são o respeito à igualdade dos homens frente ao fenômeno do trabalho, o respeito à personalidade e dignidade do trabalhador e a justa remuneração do trabalho. Esta ideia de justiça social tem dois tipos fundamentais de repercussões ou efeitos: *a*) sobre o legislador, para adaptar a ela a orientação das normas; *b*) sobre o intérprete das leis: é o problema do caráter tuitivo da nossa disciplina, já examinado. Na realidade, talvez se possa afirmar que hoje começa a entrar em crise a ideia de justiça social como referida aos problemas laborais, pois a socialização progressiva de todo o direito obriga a buscar em qualquer ramo jurídico fórmulas que socialmente se estimem justas; apreciando hoje o papel do homem na sociedade em todo seu valor, todo o direito se encaminha a dar ao homem o que é próprio de sua qualidade como tal".

A separação, apesar da interpenetração, entre princípios e interpretação tornou-se mais clara quando a doutrina indagou: a interpretação do direito do trabalho segue as mesmas regras do direito civil?

Os já citados Paul Durand e Jaussaud frisam que, "durante muito tempo dominado pelo direito civil, o direito do trabalho foi interpretado conforme os princípios desse direito, e as lacunas foram cobertas à luz do direito comum. O particularismo do direito do trabalho justifica uma completa independência e a adoção de um método próprio". Entendem que "o direito do trabalho, que durante longo tempo não foi objeto de uma regulamentação completa, constituiu para a Escola do Direito Livre um domínio particularmente propício. A interpretação tinha por objeto a formação de um direito intuitivo. O juiz deveria traduzir, com toda a imparcialidade, o sentimento de justiça refletido pelo meio social. O legislador abster-se-ia o mais possível de regulamentar o direito do trabalho e caberia ao juiz estabelecer as regras necessárias ou cobrir as lacunas da lei. Estas tentativas encontraram hostilidade geral da doutrina. A primazia da lei não pode ser contestada sem tornar ineficaz a segurança das relações jurídicas".

Sobre essa mesma questão, o também já citado Mario de la Cueva observa que o problema de interpretação do direito do trabalho é particular porque, ao contrário do direito civil, é preciso investigar, antes de mais nada, que norma é aplicável, uma vez que a função das fontes formais de direito do trabalho não é, como no direito civil, cobrir lacunas da lei, mas melhorá-las em benefício dos trabalhadores. Preconiza que "diante de várias normas deve aplicar-se sempre a mais favorável aos trabalhadores".

As normas jurídicas trabalhistas têm como finalidade consignar vantagens econômicas em benefício dos trabalhadores. Entende que, no entanto, a jurisprudência não é um veículo da promoção econômica dos empregados. Não deve a jurisprudência criar obrigações que uma norma precedente não tenha criado. Pensa, todavia, que, em se tratando de decidir qual é o alcance de uma garantia social, é preciso garantir toda a amplitude exigida pela natureza do direito do trabalho, o que não se confunde com a constituição jurisprudencial de novas obrigações. Conclui Mario de la Cueva doutrinando que "a interpretação do Direito do Trabalho é unitária e não há lugar para a distinção que faz o Direito Civil entre interpretação da lei e dos contratos. O contrato, como a lei, tem valor objetivo, já que o princípio da autonomia da vontade e sua consequência — o alcance dos contratos depende da intenção das partes — não regem em matéria de trabalho".

Voltaram-se, as avaliações do tema, para a interpretação como estudo dos *métodos hermenêuticos*, diferentemente dos princípios que são indicativos dos *fins* do direito do trabalho, na medida em que, como disseram Bayon Chacón e Pérez Botija, a orientação favorável ao trabalhador, se é correta para a elaboração, não o é, sempre, para a aplicação do *direito do trabalho* pelo juiz, tratando-se de dois momentos distintos e com finalidades diferentes; daí não ser igual o motivo que deve inspirar o legislador daquele que deve nortear o julgador e o administrador, tendo em vista os limites da atuação interpretativa do juiz e do administrador, ainda que a pretexto de promover um avanço social.

São suas palavras: atuaram — o juiz e o administrador — com nobre audácia jurídica na matéria, em contraste com a timidez legislativa; mas, em realidade, esse trabalho propulsionador de uma política social, mais ou menos admissível nos momentos iniciais da nossa legislação trabalhista, não aparece hoje tão lógico e, às vezes, pode resultar contrário ao chamado Estado de Direito.

A partir da Segunda Guerra Mundial, o princípio *pro operario*, antes dogma quase indiscutível, entrou em crise, considerado impróprio para uma disciplina que superou o seu momento inicial e incompatível com a imparcialidade do intérprete e do juiz.

Definiram-se duas tendências principais na fase atual; uma muito próxima das conclusões da Escola do Direito Livre, propugnando por uma interpretação descompromissada com o texto da lei para a qual o *direito do trabalho* é um direito alternativo, paralelo ao legal — expressão cunhada na Europa, onde essa corrente do pensamento jurídico começou a dar os seus primeiros passos. Propõe o rompimento com a legalidade quando, para o juiz, for obstáculo ao ideal de justiça, em consonância com a maioria da população.

Esse entendimento faz do juiz um verdadeiro escultor da ordem jurídica, que a construirá em um sentido prospectivo e tendo como meta a transformação da sociedade carente, todavia esbarra na dificuldade da ausência de critérios para impedir o subjetivismo do juiz ao avaliar e acaba por condicionar o direito ao subjetivismo de uma pessoa, o juiz.

Alguns a consideram uma posição progressista capaz de dotar o direito positivo de maior eficácia em conformidade com as exigências

de solução dos problemas sociais. Entretanto, reduz o direito a certo *populismo jurídico.* Outros recusam-se a aceitá-la porque submete a noção do direito à prevalência das tendências pessoais e ideológicas do intérprete em detrimento da lei como decorrência da vontade geral e como forma de preservação da segurança do direito.

Na Espanha, Palomeque, *Derecho del trabajo* (2008), afirma que o *in dubio pro operario* tem reduzido campo de aplicação na interpretação das normas legais e não é considerado o primeiro método de interpretação e sim o último.

Em Portugal, Pedro Romano Martinez, em *Direito do trabalho* (2006), afirma que não tem sentido interpretar as leis de modo favorável ao trabalhador se elas já tratam favoravelmente a situação do trabalhador. Entende que o *in dubio pro operario* tinha sentido quando as questões trabalhistas eram regidas pelo direito civil, mas não agora com o conjunto de leis próprias que tutelam o trabalhador, razão pela qual conclui que o *favor laboratoris* deve ser entendido numa perspectiva histórica, sem aplicação prática porque "o direito do trabalho não foi estabelecido para defender os trabalhadores contra os empregadores, ele existe em defesa de um interesse geral, onde se inclui toda a comunidade". E Menezes Leitão, em *Direito do trabalho* (2008), explica que "a doutrina mais moderna entende, porém, atribuir ao princípio do tratamento mais favorável um sentido mais restrito, considerando que da formulação deste princípio não se poderão retirar grandes consequências práticas".

A título de conclusão algumas afirmações podem ser formuladas.

Interpretar significa observar as intencionalidades objetivadas na norma jurídica que é aplicada aos casos concretos. As normas jurídicas a serem interpretadas no direito do trabalho revestem-se de uma diversidade de formas, como os tratados internacionais, as leis, os regulamentos estatais, os regulamentos de empresa, as convenções coletivas, as próprias decisões ou precedentes judiciais, os usos e costumes etc.

A interpretação é operação puramente intelectual, que sofre influências subjetivas do intérprete, evidentemente circunstanciado pela realidade que o cerca, entre as quais a sua visão do mundo, do poder econômico, do problema social, dos fins do direito, da liberdade do juiz diante da norma jurídica, do modo como vê o empregador na

sociedade ou, também o trabalhador, aspectos que, entre outros, se elastecem no *direito do trabalho* diante da sua proximidade direta com essas questões, o que faz a norma interpretada nem sempre coincidir com a norma elaborada, dificuldade cujos efeitos negativos os órgãos judiciais procuram superar por intermédio da jurisprudência, forma indicativa da diretriz interpretativa predominante nas mais elevadas instâncias jurisdicionais.

A jurisprudência nem sempre é autossuficiente. Socorre-se da doutrina. A interpretação doutrinária é genérica, de fins científicos e desvinculada do caso concreto, enquanto a interpretação judicial é concreta, de fins impositivos e influenciada pelos fatos específicos de cada caso. Mas ambas interagem e exercem influências recíprocas: a interpretação doutrinária sobre a do juiz e a judicial sobre a doutrina.

O *in dubio pro operario* não tem na atualidade a mesma importância do passado, e a sua influência é restrita à esfera da elaboração da lei, com a qual deve esgotar os seus objetivos, sob o risco de uma duplicação da tutela, capaz de provocar resultados contrários aos interesses da sociedade como um todo.

As convenções e acordos coletivos devem ser interpretados funcionalmente, isto é, levando em conta o que as partes signatárias tiveram por objetivo pactuar.

Não se conseguiu até hoje um método interpretativo específico para o direito do trabalho, motivo pelo qual para o intérprete são indicadores de uma postura coerente a *lógica do razoável* e a *jurisprudência de valores* dosadas com o equilíbrio que um direito compromissório requer.

7. A jurisprudência de valores e o direito do trabalho

O direito do trabalho encontra na jurisprudência axiológica ou de valores uma importante diretriz interpretativa.

No trabalho de investigação, confronto e avaliação dos interesses que devem ser harmonizados com a subsunção da espécie de fato à norma jurídica, é requerido um processo de apreciação que habilite o intérprete a proferir decisões de valor (*Werturtheil*). Cumpre ao aplicador determinar os interesses que a norma jurídica visa a dirimir e,

pondo um em confronto com o outro, avaliá-los, de acordo com os juízos que se deduzem da lei ou que chegaram ao seu conhecimento.

Nessa escala de valores, não é possível deixar de reputar os sociais como mais importantes que os individuais, os coletivos mais importantes que os particulares. Segundo essa perspectiva, o princípio *in dubio pro operario* deve ser rearticulado e perde bastante da sua expressão.

Justificou-se plenamente na fase em que o fim do direito do trabalho era exclusivamente a proteção do trabalhador.

Porém, o direito do trabalho, na época contemporânea, cumpre outras finalidades. A norma favorável deve efetivamente ser aplicada sempre que duas ou mais normas estiverem em aparente conflito. No entanto, o Estado, como grupo social de superposição, pode impedir estipulações em desacordo com os interesses da comunidade e o faz mediante leis proibitivas, como as de combate à inflação e impeditivas de reajustamentos salariais superiores aos índices fixados pelo governo. Assim, entre uma convenção coletiva mais vantajosa e uma lei menos vantajosa, esta e não aquela prevaleceria no que está evidente a derrogação do princípio da predominância da norma mais benéfica ao trabalhador.

A jurisprudência de valores no direito do trabalho encontra fundamentos na axiologia compreendida em sentido histórico, pois o juiz do trabalho é um legislador secundário e às vezes até mesmo principal. A jurisdição trabalhista é entendida não somente como sancionadora, mas também como constitutiva, não só por meio de sentenças normativas, mas também nas decisões proferidas em dissídios individuais. A lei é um dos instrumentos de que o juiz do trabalho se vale para fazer justiça. Nem sempre a técnica gramatical conduzirá o juiz a um resultado justo, mas disso não se pode concluir que o juiz está autorizado a julgar *contra legem.* porque se assim o fizer estará se afastando da figura do juiz para revestir-se da vestimenta do legislador, com a agravante de ser legislador monocrático e não colegiado como nos parlamentos.

A aplicação da norma jurídica nunca poderá desviar-se de um fim: a observância de uma escala coerente com os princípios fundamentais do pensamento humano em cada época. Não é de outro lado, o juiz do

trabalho um órgão de assistência social. Como magistrado, decidirá entre os interesses em conflito, assegurando a cada um o que é seu e repondo no patrimônio do lesado o correspondente econômico fruto da violação que sofreu. As normas hão de ser interpretadas em atenção ao seu valor para a vida.

8. O juiz como intérprete do direito

Para dizer como se deve interpretar uma norma de direito, deve-se preliminarmente assumir posição perante o problema do ser mesmo do direito. Assim, as soluções encontradas sobre a natureza da interpretação do direito do trabalho variarão de acordo com a concepção de direito em que o intérprete se colocar.

Uma atitude *empírico-sociológica* conduzirá a uma valorização maior dos fatos sociais, levando o intérprete a voltar-se muito mais para o mundo do ser e nele fundar os seus critérios interpretativos. Uma concepção *normativista-exegética* fará do intérprete um cultor da lei ou da vontade do legislador, real ou presumida, calcada em pressupostos que encontram raízes na Escola Civilística francesa, que se seguiu ao Código de Napoleão, e encontrando posteriores variações muito bem representadas pela teoria pura do direito kelseniana. Um ponto de vista teleológico conduzirá as atenções do intérprete para os fins do direito, a exemplo de Philip Heck e a jurisprudência de interesses, e assim por diante.

O material jurídico de que dispõe o direito do trabalho para assentar as suas diretrizes interpretativas ainda é pobre, e pequena é a contribuição dos pensadores que se dedicam a esse ramo do saber. Basta dizer que a primeira tentativa de edificar uma construção partida de um fundamento teleológico voltado para um fim, a proteção do economicamente mais fraco, encontrou desde logo opositores e caiu por terra.

As mesmas dificuldades que levam o direito comum a uma multiplicidade de teorias para explicar o processo interpretativo e a mesma inexistência de soluções estão reservadas também para o direito do trabalho, porque na unidade do direito os obstáculos a serem vencidos são quase sempre comuns.

No atual estágio da sua evolução, no entanto, o direito do trabalho poderá aproveitar-se da experiência jurídica para dela extrair alguns ensinamentos que talvez possam contribuir para uma elaboração futura e que passaremos a resumir.

A função interpretativa encontra o seu principal agente no juiz do trabalho, porque, como ressalta Recaséns Siches, a interpretação dos advogados ou dos particulares que se dispõem a cumprir espontaneamente a norma jurídica tem natureza provisória e vale enquanto não surgir o processo judicial, após o que, então, o órgão jurisdicional determinará se a interpretação provisória é correta ou lhe dará os contornos e as direções necessárias e definitivas.

Como a pessoa do juiz é central no problema da interpretação, enorme é a importância, em primeiro lugar, da educação jurídica do juiz para a técnica da atividade judicial, e nesse ponto bastante expressivas são as observações de Edgard Bodenheimer: "As funções que o direito realiza para a sociedade devem necessariamente influir nos meios e modos pelos quais os seus profissionais são treinados para a carreira que escolheram. Se o principal objetivo do sistema jurídico é assegurar e preservar a saúde do organismo social, para que as pessoas possam levar uma existência digna e produtiva, então o jurista deverá ser considerado 'o médico social', cujos serviços devem contribuir para a realização do fim último do direito. Que o jurista empenhado numa atividade de caráter legislativo (seja propriamente como legislador, seja como simples conselheiro de legisladores) está, ou deve estar, voltando as suas energias à promoção do bem social, é coisa que não se discute. Porém a existência de questões sem solução entre indivíduos ou grupos deve ser igualmente considerada um problema de saúde social, pois a perpetuação de animosidades e atritos desnecessários e destrutivos é contrária ao viver harmonioso e construtivo numa comunidade. Portanto, pode dizer-se que juízes e advogados agem como médicos sociais, quando, pela conjugação dos seus esforços, conseguem soluções justas e razoáveis para as questões de que tratam. Não se solucionando de algum modo o litígio, abrir-se-ia uma ferida no corpo social; resolvido de maneira inconveniente e injusta, restaria a cicatriz da ferida, e a multiplicação das cicatrizes poderia pôr em grave risco a preservação de uma ordem satisfatória na sociedade".

De aceitarem-se, portanto, plenamente, as conclusões a que chegou o Prof. Ralph Fuchs, no sentido de que, "o de que mais se precisa, no preparo dos juristas de hoje, é fazê-los conhecer bem as instituições e os problemas da sociedade contemporânea, levando-os a compreenderem o papel que representam na atuação daquelas e aprenderem as técnicas requeridas para a solução destes".

E continua: "Evidentemente, certas tarefas a serem cumpridas com relação a esse aprendizado terão de ser fixadas às disciplinas não jurídicas da carreira acadêmica do estudante de direito. Sem um perfeito conhecimento da história do seu país, ele não poderá compreender a evolução do seu sistema jurídico e a relação de dependência entre as suas instituições jurídicas e as circunstâncias históricas. Sem algum conhecimento da história universal e das contribuições culturais das civilizações, terá dificuldade de compreender os grandes acontecimentos internacionais com repercussão talvez até mesmo no campo do direito. Sem certa iniciação na teoria geral da política e uma visão interior da estrutura e do funcionamento dos governos, custará a perceber e a colocar, para solução, os problemas de direito público e constitucional. Se lhe minguarem as noções de economia política, ele não saberá ver a íntima relação que existe entre as questões jurídicas e econômicas manifestadas nos diversos campos do direito. Sem uma base de filosofia, ser-lhe-á penoso tratar dos problemas gerais da ciência do direito e da teoria das leis capazes de exercer uma influência decisiva nos processos judiciais e em outras atividades relacionadas com o direito".

Entendida a importância da educação judicial e concebido o juiz como o terapeuta das enfermidades sociais, será inútil, especialmente ao direito do trabalho, ficar adstrito à postura exegética, embora pela linguagem da lei deva ser iniciada a interpretação do texto.

Não quer isso dizer que o juiz do trabalho é um livre apreciador do direito, como na Escola do Direito Livre, mas sim que, no lugar da lógica gramatical, sistemática ou legal, deve aplicar a denominada *lógica do razoável* de que nos fala Recaséns Siches e entender que a realização da justiça é o fim para o qual se volta a atividade jurisdicional. A *lógica do razoável*, que Recaséns Siches expõe em *Introducción al estudio del derecho* e em *Nueva filosofía de la interpreta-*

ción del derecho, é uma tentativa de reapreciação da lógica aplicável ao direito, rejeitada a lógica aristotélica, criada para ciências do mundo físico e matemático, substituída por uma lógica adequada às ciências do comportamento humano, o que nos leva à jurisprudência de valores.

No pensamento jurídico contemporâneo há maior liberdade na interpretação dos textos legais e uma crescente renúncia à superstição literalista de só encontrar o sentido da lei por processos unicamente lógico-formais voltados para regras inflexíveis de hermenêutica.

Ao contrário, o juiz de hoje, como ensina Oliveira Viana, em *Problemas de direito corporativo* (1938), "não está mais, com efeito, como o juiz de há cinquenta anos, circunscrito ao texto da lei, fora do qual, 'sob pena de nulidade', não lhe era permitido sair e dentro do qual tinha que se manter de qualquer forma, procurando, por meio de um jogo sutil de silogismos e analogias, a solução para todas as lacunas e obscuridades. É um órgão vivo de elaboração legal, com uma amplitude de poder no manejo dos textos que o permite ser um verdadeiro legislador, um 'legislador secundário', como diria Josserand; primeiro no domínio do direito penal, e agora no do direito social, por meio da processualística dos Tribunais do Trabalho".

9. O psicologismo jurídico

O *psicologismo juridico contemporâneo* dá maior liberdade na interpretação dos textos legais e uma crescente renúncia à superstição literalista de só encontrar o sentido da lei por processos unicamente lógico-formais voltados para regras inflexíveis de hermenêutica.

Entre as questões abordadas pela psicologia judiciária e, de certo modo, por uma corrente da filosofia jurídica, o *realismo jurídico*, está a do Juiz e a Emoção na qual se procura saber se ao proferir uma decisão o que é mais importante, a razão ou a emoção, ou se ambas caminham juntas, como nos parece.

Sobre o tema, um criterioso estudo é o de Lídia Reis de Almeida Prado, em *O juiz e a emoção. Aspectos da lógica da decisão judicial*, no qual a autora, com a dupla condição de jurista e psicóloga, examina, para o nosso fim, os aspectos da *lógica da decisão judicial.* Concluiu

que há evidências, neste início de milênio, de uma gradativa valorização da emoção junto com o pensamento na tomada de decisões. Esse fenômeno, continua, pode ser entendido no contexto de um novo paradigma, dentro de um padrão democrático numa tentativa de dirimir a dissociação positivista e racionalista do passado.

Cita Antônio Damásio, em *O erro de Descartes*, ao afirmar que o sentimento, a emoção e a regulação biológica são essenciais para a racionalidade, e aduziu que é incompleta a razão que existe sem nenhuma ligação com o sentimento, o que poderia comprometer a própria racionalidade ao desequilibrar a razão e a emoção.

Para o psicologismo jurídico o processo subjetivo do ser humano de decidir está sempre subordinado a fatores psicológicos, e a sentença judicial não se afasta dessa regra, existindo sinais, em nosso tempo, de arquétipos do juiz que atua com mais sensibilidade e menos formalidade como decorrência de uma crescente aproximação entre pensamento e sentimento.

Minha crítica a essa observação parte da minha experiência de Juiz. Penso que a emoção está presente em praticamente todos os atos decisórios da vida, porque é através dos sentidos que conseguimos conhecer os objetos da realidade que nos cerca, e sei que, como Juiz que fui, pode haver sim a influência da emoção numa decisão judicial, entendendo-se por emoção um conjunto de aspectos que vão desde valores pessoais a influências ideológicas, desde o impulso de solidariedade a uma rejeição liminar de um ato que no passado já nos causou um impacto negativo.

Eu mesmo, num caso concreto, dispus-me a julgar por emoção.

Deparei-me, no entanto, com um problema: o Juiz é obrigado a fundamentar a decisão por escrito. Ora, a fundamentação é *jurídica,* com base no *sistema normativo*. Se eu fundamentasse a sentença nas verdadeiras razões de decidir, e que eram de solidariedade humana e de ordem emocional, certamente a minha decisão seria reformada pelos tribunais, que não aceitam uma decisão do juiz quando não tem suporte no sistema normativo e nos princípios jurídicos. Ao interpretar as normas, o juiz tem margem de discricionariedade, mas nunca a ponto de ser liberado da *fundamentação da sentença ou do despacho*. Essa exigência tem tamanha importância que se tornou preceito cons-

titucional (art. 93, IX). A fundamentação consiste na exposição pelo juiz dos motivos que o levaram a decidir da forma que o fez. Uma decisão sem fundamentação é nula. E não terá sustentabilidade se for uma fundamentação decorrente de motivos de ordem sentimental experimentados pelo Juiz. Existem limites impostos ao Juiz pelo Direito num sistema moderno e democrático, intransponíveis para que a emoção se sobreponha à razão. A garantia das partes que litigam no processo está exatamente na fundamentação da decisão, pois é esta que vai proporcionar a rediscussão do tema nos Tribunais para reforma ou manutenção da sentença.

10. Direito e linguagem

A atividade jurídica está diretamente ligada à linguagem.

O jurista, assim considerados o Juiz, o Professor, o Advogado, o Procurador e o estudioso em geral, lida com palavras, lê, escreve, descreve fatos para estabelecer a ponte entre as palavras e o objeto que procuram vivenciar. É por meio da linguagem que o jurista inicia a trajetória da compreensão dos textos legais e doutrinários envolvendo-se para estabelecer as relações entre diversos textos para concluir sobre a conexão entre eles.

A linguagem da lei tem a forma de um dever-ser, e a da dogmática tem uma pretensão explicativa e conceitual.

O tema direito e linguagem é estudado pela *Filosofia do Direito*, pela *Hermenêutica* completada pela *Informática Jurídica* e pela *Retórica Jurídica*, o que dá uma ideia da sua complexidade.

Penso que, qualquer que venha a ser a perspectiva ou o meio pela qual o tema venha ser examinado, há sempre uma constante. As palavras da lei sempre serão o ponto de partida de toda e qualquer interpretação, assim como a linguagem de um romance será o início da nossa compreensão sobre o que as palavras escritas pelo romancista querem traduzir. Logo, a linguagem é um degrau inafastável da interpretação jurídica.

Mas, para atingir o mundo que está atrás das palavras, é preciso mais.

Impõe-se devassar esse mundo.

A dificuldade está em que a mesma palavra pode levar pessoas diferentes a mundos diferentes.

Em audiência da qual participei como Juiz discutiu-se uma controvérsia. O empregador disse ao empregado em sua sala: "Vá procurar os seus direitos".

A expressão foi tida pelo empregado como uma dispensa verbal e clara. O empregador negou que sua intenção tivesse sido despedir, pois apenas pretendia que o empregado fosse informar-se sobre os seus direitos. Minha primeira conclusão foi que as palavras continham uma ordem de desligamento do empregado pela empresa. Num segundo momento pensei que talvez fosse verdadeira a alegação do empregador, porque, pela sua aparência e natureza micro do seu estabelecimento, poderia ser uma pessoa desinformada mas não maliciosa. O sentido literal da frase inclinou-se favorável ao patrão, porém a intenção com que suas palavras foram ditas em sua sala quando o empregado foi postular os seus direitos formavam um contexto favorável ao trabalhador. Fiquei em dúvida. Pensei no sentido social do direito do trabalho, que me autorizaria a decidir a favor do empregado. Mas repensei, porque me sentia ali um juiz, cuja virtude maior deve ser a imparcialidade no caso concreto, e algo me dizia que o *in dubio pro operario* não pode sobrepor-se ao *dar a cada um o que é seu*.

Esse é o dilema.

O estudo da linguagem no direito, por maiores que tenham sido os esforços dos pensadores, pouco evoluiu a não ser que com o advento do computador daqui em diante venha a se modificar no sentido de ter maior objetividade e menos difusividade. O importante é que o juiz na motivação da sentença exponha detalhadamente todas as razões de decidir para que sejam avaliadas pelos juízes que as reexaminarão nos recursos, de modo que com a participação de diversas pessoas que julgarão o mesmo caso, como ocorre no Judiciário por força do *princípio do duplo grau de jurisdição*, possa permitir, o quanto possível, uma razão comum transcendente de opiniões individuais, se não unânime, ao menos majoritária, da qual resultará a certeza possível que prevalecerá na decisão.

11. Interpretação unitária, diversificada e interpretação dos contratos individuais

Como o direito do trabalho é pluricêntrico e multinormativo, põe-se em evidência a necessidade de saber se a sua interpretação é unitária ou diversificada, em outras palavras, se o direito profissional deve ser interpretado segundo os mesmos critérios do direito estatal. Na doutrina italiana os estudos desenvolvidos pendem para a unidade interpretativa. Mazzarelli sustenta que "a interpretação dos contratos coletivos, mesmo os pós-corporativos, deve ser feita segundo as regras determinadas para a lei e não segundo as normas empregadas na interpretação dos contratos". Ardau tem o mesmo ponto de vista: "dada a previsível falta na futura lei sindical de particulares normas sobre a matéria".

Giugni ensina que "não existe radical diferença entre a metodologia interpretativa do negócio e da lei; a interpretação que prevalece quanto aos contratos coletivos é a objetiva, pois que inserido o contrato coletivo num sistema de comandos emanados da autonomia profissional, é necessário enquadrar-se no sistema de relações coletivas". Mazzoni afirma que "os contratos coletivos devem ser interpretados segundo as normas dos arts. 1.362 e seguintes do *Codice Civile* italiano". Guidi doutrina que o magistrado, na interpretação dos contratos coletivos, deve indagar da verdadeira intenção das partes. Levi Deveali sustenta que as associações estipulantes não podem elevar-se à condição de intérpretes autênticos da norma, mediante um acordo supletivo dirimindo as obscuridades.

Despicienda é a discussão desde que se admita a natureza normativa das convenções coletivas de trabalho, como o faz a lei brasileira. Se essa é a sua característica, se as convenções coletivas são normas jurídicas de direito do trabalho, com efeitos obrigatórios sobre a categoria profissional, aplicadas sem discriminações ou individualizações; se são abstratas e gerais, não subsistem razões para a duplicidade de critérios interpretativos. Assim, tanto a lei como a convenção coletiva devem ser interpretadas à luz dos mesmos critérios gerais do direito do trabalho.

A interpretação dos contratos individuais de trabalho pode ser vista sob o seguinte prisma:

a) para que seja objeto de interpretação, uma norma ajustada pelos sujeitos do contrato de trabalho deve estar em consonância com o sistema jurídico e não pode estabelecer condições de trabalho menos vantajosas que as demarcadas como o mínimo, pela lei, pelas convenções coletivas, pelo regulamento de empresa etc., sob pena de inaplicabilidade;

b) podem as partes de um contrato de trabalho estipular condições mais vantajosas para o empregado, salvo nos casos de leis proibitivas;

c) as declarações de vontade unilaterais devem ser interpretadas segundo os efeitos correntes que infundem no espírito do empregado, como no caso do seu despedimento mediante expressões não formais como "pode procurar os seus direitos", hipótese na qual deve prevalecer o sentido objetivo da declaração e a responsabilidade do empregador pela dubiedade de entendimento a que dá causa; devem ser levados em conta, também, na interpretação do contrato, os reflexos concretos que da interpretação resultarem na realidade social.

d) as fórmulas escritas não podem ser liminarmente aceitas e devem corresponder à realidade objetiva das condições do trabalho, o que leva à afirmação da existência do contrato de trabalho mesmo que formalizado documento diverso de contrato de arrendamento, de parceria, de serviços autônomos etc. e desde que efetivamente as partes estejam vinculadas segundo deveres e direitos que pela lei caracterizem o vínculo empregatício;

e) os documentos de quitação valem pelo que deles constar especificamente, quanto aos valores e respectivas verbas quitadas, nenhuma sendo a validade de quitações gerais, salvo transações e nos termos permitidos pela lei;

f) prevalece, na interpretação dos contratos de trabalho, a interpretação psicológica ou subjetiva e não a interpretação objetiva, cabendo ao intérprete não só a compreensão da vontade dos contratantes, mas também até mesmo a substituição da vontade das partes sempre que em desacordo com as normas de condições de trabalho;

g) a renúncia de direitos pelo trabalhador não tem efeitos absolutos, mas relativos, e a sua interpretação envolve circunstâncias do caso concreto, como o grau de instrução do trabalhador, as suas funções, os poderes que tinha na empresa etc.

§ 34. Meios de integração

Sumário: 1. Analogia. 2. Equidade.

1. Analogia

A plenitude da ordem jurídica é mantida, sempre que inexistente a norma jurídica adequada ao caso concreto, mediante a adoção de técnicas destinadas a cobrir as eventuais lacunas decorrentes da falta de preceito.

Promove-se, portanto, a integração do ordenamento jurídico, ressalvando-se, assim, a integralidade do direito positivo.

As técnicas que o direito recomenda para que esse objetivo venha a ser atingido podem ser resumidas na analogia, na aplicação dos princípios gerais do direito e da doutrina, e na equidade.

Analogia consiste na utilização, para solucionar determinado caso concreto, de norma jurídica destinada a caso semelhante. Trata-se, portanto, de um processo de migração de normas jurídicas, admissíveis somente quando existir uma autorização nesse sentido, o que é comum no direito do trabalho. Assim, sempre que no ordenamento jurídico não for encontrada uma norma adequada ao fato, aplica-se, analogicamente, outra norma elaborada para situação semelhante.

Seus pressupostos são: a) um caso não previsto em lei; b) semelhança entre os casos, o não previsto em lei e o previsto; c) semelhança fundamental e real e não simplesmente acidental entre ambos os casos.

Há duas espécies de analogia, a *analogia legis*, a aplicação da lei, e a *analogia juris*, a aplicação do princípio de direito.

Uma questão importante é a relação entre analogia e subsidiariedade. Em outras palavras, nos casos de lacuna da norma trabalhista, o intérprete deve recorrer primeiro ao direito comum, subsidiariamente aplicável, ou deve desde logo encontrar a solução do caso concreto pela analogia dentro das leis trabalhistas antes de aplicar leis de direito civil?

A prioridade da analogia interna no âmbito normativo trabalhista apresenta desde logo uma vantagem. Por se tratar de aplicação de outra lei também trabalhista, ainda que analogicamente, maior será a identificação entre esse critério e os princípios do direito do trabalho, o que poderia não ocorrer no caso de se afastar a analogia para buscar desde logo e prioritariamente solução no direito subsidiário.

2. Equidade

As normas jurídicas são gerais, e a experiência demonstra a sua insuficiência, porque os homens não podem prever os avanços e modificações das condições gerais. Como essas normas nem sempre prescrevem decisões que se coadunem com os valores predominantes em cada época e porque, às vezes, da sua aplicação pode resultar uma injustiça, a ciência do direito admite a *equidade*, no dizer de Geny, qualquer coisa de superior a toda fórmula escrita ou tradicional, uma substância jurídica da humanidade pela sua natureza e pelos seus fins.

A função da equidade no direito do trabalho é dupla.

Primeiro, a equidade opera como técnica para a criação do modelo jurídico que integrará o sistema para a decisão do caso concreto e à falta de previsão normativa. É o sentido *pretoriano* da equidade (*aequitas*), um processo de produção do direito pelo juiz ou, para usar expressão usada por Miguel Reale no bem elaborado estudo "A equidade no direito do trabalho" (*Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 69, fasc. 1), "um instrumento de instauração de novas normas", diante das lacunas das normas legais.

Autores italianos, como Martinelli, entendem que a Justiça do Trabalho é uma "magistratura di equità". Muito contribuiu para tal

epíteto a sentença normativa proferida pelo juiz para decisão dos conflitos coletivos de trabalho. É, realmente, um ato de construção de "direito novo", de criação, no dizer de Carnelutti, de um "regulamento coletivo de trabalho".

Cotrim Neto também assemelha o poder de julgamento por equidade do juiz ao do pretor romano, de legiferar virtualmente em casos concretos. Observe-se, no entanto, que esse poder não deve ser exercido *contra legem*. Limita-se a uma tarefa integrativa e não cabe quando a lei disciplinar a hipótese *sub judice*.

Embora sendo desnecessária a autorização legal para que o juiz decida por equidade, as leis trabalhistas, inclusive a brasileira, a reafirmam.

Segundo, a equidade tem uma função retificadora das injustiças da lei (*epiqueia*), no sentido aristotélico. Difere esta acepção da primeira. Não se trata aqui de constituir a norma que falta, mas de aplicar a norma existente, impedindo que venha a produzir efeitos contrários aos por ela mesma previstos, contrariando os fins a que se propõe. Neste sentido, equidade é uma técnica interpretativa do direito. O juiz agirá dando à lei o sentido exato que a realização da justiça exige. Atuará *com* equidade e não *por* equidade, valendo-se dos modelos teóricos de que dispõe.

§ 35. A hierarquia dinâmica das normas

Sumário: 1. Fundamentos para a discussão da questão. 2. Critérios de hierarquia. 3. Critérios para determinação da norma favorável. 4. Os fundamentos do princípio da hierarquia dinâmica. 5. Vigência das convenções e acordos coletivos.

1. Fundamentos para a discussão da questão

A questão da hierarquia no direito do trabalho tem características especiais que a colocam num patamar diferente do direito comum diante de mais de uma peculiaridade, entre as quais se destacam a dimensão do normativismo não estatal com as convenções e acordos coletivos de trabalho que ocupam grande parte — em alguns sistemas — a maior parte — do ordenamento jurídico, a autorização constitucional para que assim seja, com reflexos na própria posição das normas constitucionais na escala hierárquica, e o princípio da norma favorável ao trabalhador na escolha da norma, dentre outras sobre a mesma matéria, que deve prevalecer nessa escala.

A noção de *hierarquia* é comum ao Direito. Significa ordem, graduação, organização segundo uma preferência. *Hierarquizar* quer dizer pôr em ordem de acordo com um critério, a necessidade de uma disciplina que resolva o problema da pluralidade de ordens jurídicas do ordenamento e a sua regulação, pois, se assim não fosse, concorreriam, entre as inúmeras normas de que se compõe o direito do trabalho, todas as que dispusessem sobre determinada matéria, desordenadamente, em detrimento da solução dos casos concretos.

É inafastável uma operação fundamental do intérprete para escolher a norma adequada.

Ressalta José María Martín Oviedo que, "dentro de uma ordem lógica, o primeiro trabalho com que se inicia a aplicação do direito consiste na determinação da norma a aplicar; trabalho que, necessário é assinalar, está intimamente ligado com o da subsunção".

Quer dizer que há uma tarefa de escolha, de opção do aplicador do direito. Tomando o fato da vida real ou o problema de direito, terá de encontrar a sua exata colocação no universo normativo. Quando assim age, ou encontrará uma única norma cabível, ou não encontrará nenhuma, caso em que recorrerá aos critérios de integração, a equidade, a analogia e os princípios gerais do Direito, ou poderá ainda encontrar mais de uma norma cujo conteúdo coincide com o problema que terá de resolver. Nesta última hipótese, que resulta da própria característica da ordem jurídica, que se constitui de diversas fontes de direito, nem sempre se combinando harmonicamente numa produção homogênea e compassada, aparecerá a necessidade de estabelecer a hierarquia, a precedência de normas para a aplicação da que ocupar o primeiro lugar em detrimento das demais.

A diferença de tratamento do problema da hierarquia no direito do trabalho está em que no direito comum, como ensina Vicente Ráo, as leis se classificam, hierarquicamente, segundo a maior ou menor extensão de sua eficácia e sua maior ou menor intensidade criadora do direito. Há leis federais, estaduais e municipais. Obedecem a essa mesma ordem de enumeração. Observe-se, contudo, que nem sempre é assim, como deixou claro Miguel Reale, tudo dependendo também dos critérios de competência estabelecidos pelas leis. A Constituição Federal é a única norma que no direito comum tem prevalência no escalonamento. Se atribuir competência aos Estados-membros para dispor sobre determinada matéria, com competência privativa, estará abrindo mão da sua preferência.

Outro ângulo de apreciação é o da "conformidade das normas inferiores às de categoria superior" a que se refere Vicente Ráo, traduzindo-se na observância do princípio da *constitucionalidade* e da *legalidade*. O princípio da constitucionalidade pode ser assim enunciado de modo simples: todas as normas inferiores devem estar em confor-

midade com a Constituição Federal. E o princípio da legalidade enuncia-se deste modo: os atos executivos e judiciais subordinam-se às leis federais, estaduais e municipais, e estas, entre si, também se subordinam umas perante as outras. Há, dessa maneira, degraus de normas, como se constituíssem uma escada.

Kelsen deu uma conotação mais viva ao problema com a teoria escalonada da formação da ordem jurídica, que o compara a uma pirâmide na qual as normas inferiores vão encontrar o seu fundamento nas normas hierarquicamente maiores. É como se a formação da ordem jurídica fosse um desdobramento de normas, a partir da Constituição Federal, dela se irradiando para as leis ordinárias e assim sucessivamente, num procedimento de crescente individualização, até que no caso concreto é atingida a máxima concretude com a sentença do juiz ou o contrato entre as partes.

A questão, no direito do trabalho, deve levar em conta que o ordenamento jurídico trabalhista tem aspectos próprios de organização e de ação, e não se pode em direito do trabalho falar, como no direito comum. Como decorrência das características da ordem jurídica trabalhista, que é pluralista, constituída de um direito estatal e de um direito não estatal, que é o direito profissional ou dos grupos profissionais e econômicos — as convenções coletivas, os acordos coletivos e os demais ajustes dos grupos profissionais e econômicos que servem de norma para a solução das suas disputas —, fazer adaptações.

A primeira está em que melhor será denominar o tema não hierarquia das *leis*, mas hierarquia das *normas jurídicas,* por ser mais abrangente, compreendendo todos os tipos de normas, as estatais e as não estatais. A segunda será não olvidar que o direito do trabalho se destina a resolver as relações entre trabalhadores e empregadores segundo um sentido social, de melhoria das condições sociais do trabalhador, propósito para o qual o Estado atua não só elaborando normas, mas também facultando que, fora do seu mecanismo, os próprios interessados também as *legislem,* daí ganhar sentido para alguns doutrinadores, como Gurvitch, a expressão "direito social". Desse modo, a hierarquia das normas jurídicas trabalhistas não pode ser estabelecida sem atenção a esse aspecto teleológico.

É possível, agora, indagar quais são os tipos de *oposição* entre normas jurídicas trabalhistas ou quando duas ou mais normas conflitam aparentemente, isto é, dispõem sobre o mesmo conteúdo. Não há oposição entre o direito estatal e o direito dos grupos. Harmonizam-se. Constituem componentes do mesmo conjunto. Daí a total impropriedade do uso da expressão *derrogação*. Não cabe no caso.

A Constituição não proíbe, ao contrário, incentiva a *nomogênese múltipla*. "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais — declara o art. 7º da Constituição de 1988 —, além de outros que visem à melhoria de sua condição social." Desse modo, não há competência privativa ou prioritária. O princípio é o da hierarquia dinâmica. Fundamenta-se na Constituição um procedimento de diversificação de competência para a criação de comandos jurídicos plurais, *in mellius* como regra, *in pejus* como exceção — *v*. art. 7º, VI, que autoriza a negociação coletiva para reduzir salários.

Surge, assim, como alternativa, admitir que a Constituição seja sempre a primeira norma e por força dos seus comandos uma distribuição não estática das normas, mas sim dinâmica e variável.

Aí está o núcleo do princípio da hierarquia dinâmica

Quando existem duas ou mais normas dispondo sobre o mesmo tema, uma não derroga a outra, porque ambas continuam a sua vigência. Apenas uma deixa de ser aplicada, é preterida, sem perder a continuidade da sua vigência. Aplicar-se-á outra. Há sim uma competência concorrente no direito do trabalho, não dentro da esfera do Estado, porque no Brasil a competência para legislar sobre direito do trabalho é da União. Complementarmente, os Estados-membros podem também legislar sobre direito do trabalho (CF, art. 22, parágrafo único).

Não há leis trabalhistas estaduais ou municipais, embora o art. 22, parágrafo único, da Constituição autorize os Estados a legislar sobre questões específicas para as quais tenha havido a permissão de lei complementar. A concorrência se faz entre as leis constitucionais e ordinárias, de um lado, e as convenções coletivas, acordos coletivos, regulamentos de empresa, usos e costumes, de outro, não se afastando as sentenças normativas. Porém, como todas essas normas podem dispor sobre a mesma matéria, o sistema se manterá com a adoção de regras minuciosas a respeito da concorrência entre elas.

Assim, um dos problemas centrais é conhecer os critérios indicados pelo direito do trabalho para disciplinar a concorrência entre as normas que integram o seu ordenamento jurídico.

Entre as alternativas hipotéticas de solução do problema, a primeira que pode ser cogitada, mas não aceita, é a de uma ordem hierárquica que resulta da distribuição das diferentes normas em níveis ou degraus que se mantêm inflexíveis como no direito comum. Assim, as normas seriam dispostas em linhas: normas de primeiro grau que prevaleceriam sobre normas de segundo grau etc. Se assim é, as normas estatais, a partir da Constituição Federal, sempre serão prioritárias, ficando para o segundo grau as normas de direito profissional resultantes da autonomia privada coletiva. Em parte esse critério é adequado para o direito do trabalho, apenas quanto à prioridade da Constituição Federal, que é a norma fundamental a presidir a todo o sistema.

O princípio da norma favorável sempre foi, e de certo modo é, a diretriz mais considerada para a solução do problema do concurso entre normas. Nesse caso, diante de duas ou mais normas sobre a mesma matéria será hierarquicamente superior, e, portanto aplicável ao caso concreto a que oferecer maiores vantagens ao trabalhador, dando-lhe condições mais favoráveis.

Todavia, como se viu, nem sempre é assim, porque pode ser prioritária uma norma constitucional que não atenda a essa vocação benéfica. Existem motivos diversos que podem levar o legislador — como também o juiz — às vezes a se afastar da *favorabilidade* — norma benéfica ao trabalhador —, como as normas de ordem pública absoluta.

De modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma não terá como vértice a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. Os níveis normativos se alternam em constante modificação. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto em se tendo como tal a que resultar do ordenamento jurídico interpretado com um sistema.

Ilustre-se com exemplos: Constituição Federal de 1988, art. 7º, VI, que valida os acordos e convenções coletivas que reduzem salários; inciso XIII, que autoriza a compensação de horas e redução da jornada

de trabalho mediante convênio coletivo; inciso XIV, que fixa em seis horas a jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de serviços, mas permite que outra duração da jornada, maior ou menor, seja pactuada entre as partes por meio de negociação coletiva; inciso XV, sobre repouso semanal remunerado nos domingos, mas que pode ser fixado em outro dia; suspensão temporária do contrato de trabalho para requalificação profissional do trabalhador (CLT, art. 476-A); validação judicial da jornada de 12 por 36 horas.

A sua melhor aplicação pressupõe distinguir a natureza das normas que têm conteúdo igual, ressalvando-se, porém, a prioridade inquestionável dos dispositivos de natureza constitucional ou por estes ordenados.

Desse modo, entre o direito constitucional e o infraconstitucional, a prioridade é sempre daquele, a menos que dele emane uma autorização para que outra hierarquia se estabeleça. Entre um convênio coletivo, expressão aqui tomada em sentido genérico para abranger todos os tipos de instrumentos gerados pela negociação coletiva, e um contrato individual de trabalho, prevalece o que for mais benéfico para o trabalhador, não podendo este reduzir vantagens estabelecidas por aquele.

Assim, o fundamento legal do princípio da hierarquia dinâmica está na interpretação conjunta das normas que integram o sistema a partir da Constituição Federal e no reconhecimento constitucional das convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI).

2. Critérios de hierarquia

Um critério de solução do conflito normativo é o *princípio da especificidade*, nos moldes da contratação coletiva articulada italiana de 1992, fruto de acordo entre confederações de trabalhadores, de empregadores e Governo, renovado em 1998, que prevê dois níveis de negociação: um nacional e outro empresarial, este último dependente do reenvio previsto naquele, de modo que o contrato coletivo pode reservar determinada matéria para o seu âmbito, vedando aos níveis inferiores dos sindicatos de base dispor sobre ela.

Lobo Xavier (*Curso de direito do trabalho*) sustenta que "a tendência internacional é hoje contrária a um sistema articulado que

funcionava como regalias em cascata nas seguintes formas: fixavam-se mínimos na contratação coletiva em nível nacional, destinados a serem implementados setorial e regionalmente (nas convenções coletivas de trabalho de cada atividade) e, sobretudo, nas próprias empresas (*v.g.* nos acordos da empresa). Hoje, num contexto de crise, os governos e as associações sindicais e patronais marcham decididamente contra esse sistema de regalias em cascata: assim, em nível nacional, fixam-se mínimos e máximos, a que deve obedecer a contratação coletiva setorial, regional ou empresarial, que não pode instituir regalias mais favoráveis, a não ser em certas condições".

A *especificidade* pode ser compreendida em outra dimensão. Designa a prevalência de contratos coletivos em nível de empresa sobre os de nível setorial se contiver matéria pertinente aos problemas internos específicos da empresa, ressalvado o direito mínimo legal e indisponível. Não havendo expressa proibição constitucional a lei pode criar direitos mais favoráveis para os assalariados e estabelecer maiores vantagens além das previstas em instrumentos coletivos negociados; porém, em outros casos, pode haver expressa autorização constitucional ou legal para a redução de direitos mediante contratos coletivos de trabalho. Portanto, o direito estrangeiro define-se no sentido do acolhimento do princípio, com algumas especificações.

Uma observação deve ser feita para que se possa compreender a discussão no debate contemporâneo. A rigidez legal, a proteção social e as perspectivas do direito do trabalho são dimensões a serem compreendidas sem a exclusão do papel da negociação coletiva.

Basta, para suscitar a discussão, mostrar o pensamento do professor Miguel Rodriguez-Piñero, exposto no Seminário Internacional sobre relações de trabalho (1998), ao discorrer a respeito dos aspectos jurídicos, sociais e econômicos da negociação coletiva, ocasião em que afirmou que "a situação que se observa é de uma diversidade de funções do convênio coletivo como instrumento para reintroduzir flexibilidade no mercado, levando a cabo uma operação de desregulamentação controlada e condicionada, valorização da autonomia coletiva e normas mais abertas, mais dinâmicas, mais adaptáveis, tendo em conta as circunstâncias concretas da conjuntura do setor e da empresa. Procura-se na ampliação relativa da esfera da autonomia coletiva não a intro-

dução de novas regras, mas o aperfeiçoamento das existentes. Em todo caso, o problema não é só de modificação das relações entre norma estatal e norma coletiva, mas de mudança de funções no papel do convênio coletivo e, mais genericamente, dos atos ou negócios de tutela coletiva".

O que se verifica é que o modelo tradicional de convenção coletiva está se transformando profundamente. A contratação coletiva já não é necessariamente um instrumento para a formalização de acordos vinculantes entre as partes em mão única de melhoria da condição social do trabalhador. Deixou de ser um mecanismo unicamente de introdução de benefícios para os trabalhadores. Passou a ser um pacto cujo conteúdo é também gerencial e administrativo, concessivo ou recessivo na conformidade, em cada caso concreto, das situações pelas quais uma empresa pode passar as suas dificuldades e crises e a necessidade de ação conjunta visando ao interesse comum da defesa dos empregos. Logo, é, também, um meio jurídico de preservação de empregos.

Outro é a *aplicação diversificada segundo os níveis de normas em concorrência*.

O princípio do *favor laboratoris* no início do direito do trabalho e do seu propósito protecionista é perspectivado, também, no sentido da relação entre as fontes em seus diversos níveis, apresentando, em outros sistemas, soluções diversas, na conformidade do nível que se toma por padrão de comparação e do tipo de instrumento normativo que se considera e são conclusivos os estudos de Ramalho.

O Código de Portugal (2003) é o exemplo da questão que se está analisando, ao dispor (art. 4º): "Princípio do tratamento mais favorável. 1. As normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário. 2. As normas deste Código não podem ser afastadas por regulamento de condições mínimas. 3. As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário". O art. 531, sobre instrumentos coletivos, no mesmo sentido, declara: "Princípio do tratamento mais favorável. As disposições dos instrumentos de regula-

mentação coletiva do trabalho só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se daquelas disposições não resultar o contrário".

Outro critério, ainda é a *posição hierárquica subordinada dos contratos individuais de trabalho.* Na relação entre lei e contrato individual de trabalho este só pode afastar a lei quando mais favorável ao trabalhador e desde que da lei não resulte a impossibilidade de afastamento, ou seja, desde que as leis não sejam imperativas absolutas; na relação entre instrumentos coletivos e contrato individual de trabalho as convenções coletivas são afastadas pelo contrato individual de trabalho, somente quando o contrato dispuser de modo mais favorável ao trabalhador e desde que as cláusulas da convenção coletiva não tenham natureza imperativa.

Terceira, o *reconhecimento da autonomia privada coletiva,* que regula as relações entre convenções e acordos coletivos e a lei ou o contrato individual de trabalho. As convenções e os acordos coletivos de trabalho não podem derrogar a lei, salvo nos casos em que a lei autorizar. As disposições de uma convenção coletiva ou de um acordo coletivo de trabalho não podem ser derrogadas pelo contrato individual de trabalho.

Acrescentem-se as *relações entre si de normas criadas pela autonomia privada coletiva.* O acordo coletivo de empresa, quanto aos temas a ela específicos, terá força superior à da convenção coletiva da categoria, o que se justifica porque, se assim não fosse, não haveria razão de ser para o acordo coletivo e, de outro lado, porque o mesmo sindicato que assina a convenção coletiva da categoria é também signatário do acordo coletivo da empresa.

Aduzam-se as *relações entre autonomia privada coletiva e sentenças de dissídios coletivos.* As convenções e os acordos coletivos de trabalho devem prevalecer sobre as sentenças normativas de dissídios coletivos, porque a autonomia privada coletiva num sistema de democracia deve, em temas coletivos, superar a intervenção do Estado praticada no corporativismo.

A questão da hierarquia não se confunde com outra muito próxima, que é a *vigência no tempo das convenções e acordos coletivos.* Os acordos e as convenções coletivas de trabalho derrogatórios de vanta-

gens, assim como direitos oriundos das mesmas fontes, seguem o princípio jurídico segundo o qual lei posterior revoga lei anterior, não havendo nenhum motivo para que o princípio aplicado às leis não o seja quanto aos acordos e convenções coletivas cujo prazo de vigência é por eles fixado, assim como fixado também pela sentença normativa é o prazo no qual permanecerá em vigor. As convenções e acordos coletivos podem restringir direitos oriundos de outra convenção ou acordo coletivo de trabalho no mesmo nível, mas não podem contrariar os direitos previstos nas leis, salvo quando por estas autorizadas.

3. Critérios para determinação da norma favorável

Que se deve entender por norma favorável ao trabalhador?

Há duas teorias, a da *acumulação* e a do *conglobamento*. De acordo com a primeira, o trabalhador gozará do estatuto mais benéfico, ainda que seja preciso fragmentar as suas disposições, retirando-se preceitos de normas diferentes, condições singulares contidas nos diferentes textos. Conforme a segunda, não haverá fracionamento de disposições nem cisão de conteúdos. Apenas será mais favorável o estatuto que globalmente for entendido como tal.

O problema necessita de colocação mais ampla. A *favorabilidade* permite mais de um ângulo de apreciação: a da unidade (conglobamento) ou fracionamento dos conteúdos dos textos (acumulação); a do trabalhador, considerado individualmente ou em grupo; a dos aspectos econômicos ou apenas jurídicos; a do tipo de norma, se especial ou geral.

O conglobamento, que quer dizer consideração global ou de conjunto — critério que Deveali chama de orgânico, porque respeita cada regime em sua unidade integral, não o decompondo, com o que fica excluída a possibilidade de aplicação simultânea de regimes diferentes —, foi valorizado pela doutrina italiana, afirmando Barassi que a regulamentação convencional constitui um todo inseparável que não pode ser tomado isoladamente.

A acumulação, que é uma postura atomista, como observa Deveali, consistente em se somarem às vantagens resultantes de diferentes normas, suas partes, seus "artigos", suas "cláusulas", separadamente, poderia trazer dificuldades, porque há leis especiais e gerais, aquelas

com vantagens maiores que não são estendidas a estas situações. Tomar como critério o que é melhor para o trabalhador individualmente considerado pode esbarrar na casuística que acabaria por invalidar a autoridade de determinadas regras legais. O trabalhador como um todo, objetivamente conceituado, é o parâmetro, embora caibam exceções. Não só aspectos econômicos precisam ser valorizados, mas os jurídicos também, de modo que a dignidade da pessoa humana seja preservada.

Parece-nos melhor, nesse ponto, a conclusão de Plá Rodriguez: "O conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior". Nesse caso há uma "acumulação de matérias", independentemente do tipo de norma, estatal ou profissional, que as contém. Organiza-se o instrumental *ratione materiae* para extrair a mais benéfica, porém sem desprezo à prevalência da norma especial sobre a geral.

4. Os fundamentos do princípio da hierarquia dinâmica

Da recomposição constante das tipificações normativas sobre a mesma situação de fato sobre a qual concorre mais de um tipo de norma jurídica emergem as condições para a aplicação do princípio da hierarquia dinâmica. O mesmo fato pode ser regrado por diversas normas. Ilustre-se com as férias do empregado quando proporcionais, caso em que atuam a lei brasileira, a Convenção n. 132 da OIT, podendo, ainda, concorrer a convenção coletiva. Não há na lei brasileira a relação da hierarquia de normas, o que gera uma lacuna que deve ser coberta pela doutrina e pela jurisprudência, já que tudo quanto a nossa legislação dispõe é pouco.

Segundo o art. 620 da CLT, na concorrência entre convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de empresa prevalecerá o que for mais favorável ao empregado. O art. 619 dispõe que "nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito". Acrescente-se, ainda, a regra legal de pouco uso (art. 623 da CLT): "Será nula de pleno direito disposição de convenção coletiva ou acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição de norma disciplinadora da po-

lítica econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços".

Esta regra deve ser entendida no contexto já ultrapassado da indexação salarial quando a inflação pela qual o nosso país atravessou corroía os salários. Com o Plano Real, que estabeleceu a livre negociação de salários, perdeu grande parte da sua importância.

À falta de regras claras de hierarquia em nossa lei e da insuficiência do princípio da norma favorável ao trabalhador para resolver todos os casos, impõe-se a criação de algumas regras.

Primeira, é a *aplicação diversificada segundo os níveis de normas em concorrência*.

O princípio do tratamento mais favorável ao empregado ou *favor laboratoris,* no início do direito do trabalho e do seu propósito protecionista diante da insuficiência dos critérios de hierarquia para solucionar os conflitos de normas do seu sistema plurinormativo, é perspectivado, também, no sentido da relação entre as fontes em seus diversos níveis, apresentando, em outros sistemas, soluções diversas, na conformidade do nível que se toma por padrão de comparação e do tipo de instrumento normativo que se considera e são conclusivos os estudos de Ramalho.

5. Vigência das convenções e acordos coletivos

A questão da hierarquia não se confunde com outra muito próxima, que é a *vigência no tempo das convenções e acordos coletivos*. Os acordos e as convenções coletivas de trabalho derrogatórios de vantagens, assim como direitos oriundos das mesmas fontes, seguem o princípio jurídico segundo o qual lei posterior revoga lei anterior, não havendo nenhum motivo para que o princípio aplicado às leis não o seja quanto aos acordos e convenções coletivas cujo prazo de vigência é por eles fixado, assim como fixado também pela sentença normativa é o prazo no qual permanecerá em vigor. As convenções e acordos coletivos podem restringir direitos oriundos de outra convenção ou acordo coletivo de trabalho no mesmo nível, mas não podem contrariar os direitos previstos nas leis, salvo quando por estas autorizadas.

§ 36. A lei no espaço

Sumário: 1. Introdução. 2. Os estudos no direito do trabalho. 3. Contratos entre nacionais cumpridos em outros países. 4. Contratos entre nacionais e estrangeiros. 5. Empresas de grupos estrangeiros no Brasil. 6. Marítimos e aeronautas. 7. A extraterritorialidade. 8. STST n. 207. 9. Transferência de brasileiros.

1. Introdução

Algumas questões, deste âmbito, são comuns ao estudo da eficácia da lei no espaço e do direito internacional privado, razão pela qual esta parte é continuidade da que já vimos ao analisar o direito internacional privado.

Cada Estado tem um sistema de direito positivo aplicável sobre o território onde exerce a sua soberania e atua a sua jurisdição. No entanto, podem surgir problemas de aplicação da lei, hoje estudados pelo direito internacional, e que encontram fundamentação em dois princípios: a *territorialidade* e a *nacionalidade*.

Também no direito do trabalho ocorrem situações nas quais será preciso invocar os princípios de solução dos conflitos espaciais de direito. Ao lado da orientação geral, comum à ciência jurídica, o direito do trabalho tem posições particulares, compatíveis com a necessidade de dispensar proteção internacional ao trabalhador.

Em Roma, o *jus civile* ou *jus quiritium* constituía o direito dos cidadãos romanos, aos quais se aplicava exclusivamente, enquanto os estrangeiros não podiam invocá-lo. Para disciplinar as relações entre

nacionais e estrangeiros (*peregrini*) surgiu o *jus gentium*, direito pessoal, interno, aplicável aos originários de outros Estados. Com a invasão dos bárbaros, predominou o princípio da personalidade das leis, fruto de exigência de aplicação dos costumes bárbaros, considerando-se a pessoa como centro da irradiação do direito.

O feudalismo, não só pelo caráter dominial que caracteriza jurisdição feudal, como também pela miscigenação de raças, põe em evidência o princípio da territorialidade. Assim, as leis feudais atingiam todos quantos estivessem nos territórios das senhorias e não gozassem de especial extraterritorialidade. É o que ocorria nos *fueros* da Espanha, com os *costumes*, na França, com os *estatutos*, na Itália etc.

Tentativas de teorização da matéria surgiram como as famosas regras de Bartolo. Em 1851, Mancini lança as bases de uma escola de direito internacional privado, em sua conferência, cujo expressivo título é "A nacionalidade como fundamento do direito das gentes". A escola holandesa, de Voet Huber, exerceu influência poderosa na adoção da territorialidade, na Inglaterra e Estados Unidos. No entanto, um novo princípio é defendido por Savigny, a teoria da comunidade ou comunhão do direito, doutrinando que em cada tipo diferente de relação jurídica deve ser aplicado ou direito nacional ou estrangeiro mais conforme com a sua natureza própria e essencial.

2. Os estudos no direito do trabalho

Os estudos sobre a eficácia da lei trabalhista no espaço vêm ocupando os juristas, e não são poucos os que já se dedicaram ao assunto, como Corrado, Giuliano, Baldoni, Gemma, Venturini, Ballador e Pallieri, Mario de la Cueva, Krotoschin, Manuel Alonso García, Cabanellas, De Ferrari etc.

O professor da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Paris Gerard Lyon-Caen escreveu *Droit social européen*, livro no qual aborda o problema do direito internacional do trabalho e previdência social, o direito da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a migração de trabalhadores na Europa e os problemas jurídicos consequentes, e a jurisdição internacional para as questões resultantes da livre circulação de trabalhadores.

A Organização Internacional do Trabalho aprova convenções internacionais, e os Estados, diretamente, celebram tratados de natureza trabalhista, vigentes no âmbito dos territórios dos signatários. Assim, o problema da eficácia das normas trabalhistas no espaço é estudado à luz de uma ordem internacional e das necessidades próprias dela emergentes.

Também no âmbito interno de cada Estado podem surgir problemas de aplicação de normas trabalhistas profissionais, em especial quanto às convenções coletivas de trabalho.

Outro problema jurídico próprio do direito do trabalho consiste na situação previdenciária dos trabalhadores que se deslocam para outro país. A condição dos estrangeiros é, portanto, extremamente significativa, tanto assim que em muitos países existem serviços públicos de admissão de mão de obra estrangeira.

Há estudos valiosos no Brasil, entre os quais os de Arnaldo Süssekind, *Conflito de leis do trabalho* (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979), e Gilda Russomano, *Os conflitos espaciais de leis no plano das relações trabalhistas* (Rio de Janeiro, 1964). Acrescentem-se as normas do *Código de Bustamante*, que é um código de direito internacional privado adotado pelos Estados americanos na reunião de Havana de 1928 e que no art. 198 prescreve que as leis de acidentes do trabalho e proteção social ao trabalhador são de natureza territorial.

Há situações especiais, como a do empreendimento de Brasil e Paraguai na construção de Itaipu, para aproveitamento hidrelétrico dos recursos do rio Paraná, pertencente ao domínio dos dois países. Os dois países firmaram um tratado, e as relações de trabalho prestadas em conjunto por brasileiros e paraguaios são disciplinadas por um Protocolo compreendendo regras sobre jornada diária de trabalho, remuneração das horas extraordinárias, trabalho noturno, repouso semanal e nos feriados, rescisão e término de contrato a prazo, com outras especificações.

Nota-se crescente tendência do direito do trabalho no sentido de modificar sua primeira atitude quanto a trabalhador estrangeiro. Uma discriminação, em muitos casos injusta, era encontrada em favor do operário nacional, em muitas legislações. O desejo de assegurar mercado de trabalho levou o legislador, em muitos países, a dificultar a

colocação do estrangeiro ou a reservar colocações para os nacionais, mediante proporções a serem imperativamente cumpridas pelos empregadores nacionais, de tal modo que ficaram sujeitos a contratar estrangeiros somente até certo limite. Nessa diretriz situa-se a *lei dos dois terços* do Brasil (CLT, art. 352).

Da discriminação, o direito do trabalho, em especial na Europa, hoje caminha para a igualdade de condições. Inúmeros tratados internacionais são elaborados, visando à reciprocidade de tratamento jurídico, com o que novas perspectivas vêm-se abrindo nesse campo. É o que fez o Brasil com a Constituição Federal de 1988, art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...".

Em alguns países, como a França, existem contratos-tipo elaborados pelas autoridades, de modo que o estrangeiro, ao migrar para o país, encontra condições de trabalho preestabelecidas.

Os conflitos de leis em matéria trabalhista decorrem não só do deslocamento de mão de obra, mas do desenvolvimento dos transportes internacionais, da necessidade de técnicos estrangeiros nos países de menor desenvolvimento, da crescente internacionalização do comércio, da extensão do comércio, da extensão internacional das atividades das empresas com filiais em diversas partes do mundo, daí por que não é pequeno o número de assalariados em razão dos quais surgem questões de aplicação espacial da lei.

3. Contratos entre nacionais cumpridos em outros países

O princípio da autonomia da vontade, que vem do liberalismo, ainda é admitido pelo direito internacional, de tal modo que as estipulações das partes devem ser respeitadas, porém até certo ponto.

As partes podem ajustar, livremente, as condições de trabalho que prevalecerão nos seus contratos de trabalho, bem como eleger a legislação sob cujo império será resolvido.

Assim, entre uma empresa norte-americana e um trabalhador dessa mesma nacionalidade pode ser pactuado que o contrato de tra-

balho a ser cumprido numa filial do Brasil deva respeitar determinadas cláusulas coerentes com o sistema jurídico positivo do país de que ambos são nacionais, e a jurisdição brasileira, se chamada a resolver a questão, não pode deixar de reconhecer eficácia ao ajuste firmado nessas condições, em face da autonomia da vontade.

Também entre um trabalhador e uma empresa brasileira pode ficar contratado que a sua prestação de serviço para filial fora do Brasil venha a ser regulada segundo a legislação brasileira ou a do local.

Orientação nesse sentido é sustentada por Lyon-Caen, que diz: "Existiu, durante muito tempo, uma doutrina, especialmente acolhida durante as duas grandes guerras mundiais, sustentando que o contrato de trabalho não estava submetido à autonomia da vontade; argumentava-se que o contrato de trabalho não era senão um ato-condição que desencadeava a aplicação de um estatuto legal imperativo. Não haveria um verdadeiro contrato de trabalho; haveria apenas o engajamento do assalariado e com isso a sua subsunção a um regime de disposições legislativas e regulamentares. Em suma, prevalecia o caráter imperativo ou de ordem pública da legislação trabalhista, opondo-se à autonomia da vontade". Durante muito tempo exagerou-se a importância da intervenção do Estado no direito do trabalho.

E acrescenta: Durante muito tempo acreditou-se que o direito do trabalho era o direito de proteção do Estado aos trabalhadores. Porém, esta opinião é hoje, em conjunto, abandonada e não corresponde ao direito positivo. Reconhece-se, atualmente, que a vontade do empregado, bem como a do empregador, conservam uma parcela importante, não somente na conclusão do contrato, mas também na determinação do seu conteúdo, e que não há razão para que o contrato de trabalho escape, como todo contrato, à lei da autonomia. "O contrato de trabalho será, portanto, regido pela lei expressamente ou tacitamente estabelecida pelas partes, sob o prisma internacional."

Os brasileiros que são transferidos para unidades de empresas brasileiras no estrangeiro podem, no entanto, acionar a jurisdição brasileira segundo preceito legal de competência da Justiça do Trabalho declarado pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 651, § 2º).

Exemplo: ex-funcionário do Banco do Brasil, que trabalhou em Montevidéu, entre 1974 e 1977, na Cidade do Panamá, de 1979 a 1985,

e em Roma, de 1990 a 1991, como, nos três períodos, o empregador recolhia o FGTS sobre o salário que receberia se estivesse trabalhando no Brasil e não sobre o salário real pago em dólar, tem direito ao FGTS dos períodos trabalhados no exterior. "Se o empregado foi transferido para o exterior e passa a perceber seu salário em moeda estrangeira, os depósitos do FGTS devem incidir sobre o total de sua remuneração" — afirmou o ministro Barros Levenhagen (*Revista Consultor Jurídico*, 7-5-2002).

Outra decisão é a seguinte: "Discute-se a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar Reclamação Trabalhista ajuizada por empregado estrangeiro que prestou serviços no Brasil. 'In casu', além da prestação e remuneração de serviços, houve comprovada regulação do vínculo, pela CLT, e termo de rescisão e quitação do contrato de trabalho havido entre 1986 e 1993. O 'caput' do art. 651 da CLT estabelece que a competência seja determinada pela localidade em que o empregado prestar serviços ao empregador, '(...) ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro'. O § 3º do mesmo art. 651, por seu turno, faculta ao empregado eleger o foro onde promoverá a ação trabalhista: 'Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços'. É inegável, portanto, que o Autor — ao ajuizar a ação perante a Justiça brasileira — exerceu faculdade amparada pelo preceito legal, exsurgindo a competência do Judiciário Trabalhista nacional para conhecer e julgar a Reclamação. Recurso conhecido e provido" (TST, 24-4-2002, RR 478.490, 1998, 3ª T., Rel. Designada Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, *DJ*, 21 jun. 2002).

Sobre o trabalho de estrangeiro no Brasil, já decidiu o TST: "Segundo a interpretação do art. 98, c/c o art. 13 da Lei n. 6.815/80, a vedação do exercício de atividade remunerada ao estrangeiro que se encontra no Brasil limita-se às seguintes condições: visto de turista, visto de trânsito, visto temporário na condição de estudante e dependente de titulares de quaisquer vistos temporários. Segundo o quadro fático registrado pela Turma, o e. Regional declarou apenas que a reclamante prestou serviços nas dependências da reclamada, como professora, ministrando aulas, e que possuía visto temporário, mas não

definiu especificamente a espécie de visto temporário que lhe foi concedido, entre aquelas previstas no art. 13 da Lei n. 6.815/80. Revela-se, portanto, inviável o enquadramento da reclamante na exceção legal proibitiva da prestação de serviços, uma vez que envolve o reexame do quadro fático não definido, quer pela Turma, quer pelo e. Regional. Incólume o art. 896 da CLT" (TST, Subseção I Especializada em DI, 8-10-2001, ERR 380.879, 1997, Rel. Min. Milton de Moura França, *DJ*, 26 out. 2001, p. 565).

4. Contratos entre nacionais e estrangeiros

Impõe-se saber se o contrato de trabalho entre um *nacional* e um *estrangeiro* está submetido aos mesmos critérios. É o caso, por exemplo, de um trabalhador estrangeiro que passa a trabalhar em outro país. Nesse caso, se bem que a autonomia da vontade ainda seja uma regra imperante, é preciso reconhecer que as leis locais não poderão ser postergadas. Assim, o princípio predominante será o da *territorialidade*, respeitadas as condições mais vantajosas estabelecidas pelos interessados, ineficazes as condições de trabalho menos favoráveis que as garantias mínimas do direito positivo do país.

Os técnicos estrangeiros domiciliados ou residentes no exterior e que sejam contratados para execução de serviços especializados, em caráter provisório, em nosso país são submetidos à legislação especial (Dec.-lei n. 691, de 18-7-1969), que observa o princípio acima mencionado. Terão garantidas certas condições mínimas que a lei lhes confere e pertinentes ao salário mínimo, repouso semanal remunerado, férias anuais, duração, higiene e segurança do trabalho, seguro contra acidente do trabalho e previdência social. Ainda que o contrato venha a excluí-las, essas vantagens a ele se integram, porque o nosso Estado as reconhece como mínimas e impostergáveis.

A lei proíbe os técnicos estrangeiros de receber participação nos lucros das empresas, medida relacionada ao problema da evasão de divisas, permite que os contratos a prazo sejam sucessivamente prorrogados sem restrições, e estabelece que os salários possam ser estipulados com base em moeda estrangeira, mas pagos em moeda nacional, feita a conversão com base nas taxas vigentes à data do

vencimento da obrigação. No mais, as obrigações constituídas entre as partes serão respeitadas e, se submetidas à jurisdição brasileira, reconhecidas.

Arnaldo Süssekind, distinguindo entre a constituição, a execução e a cessação do contrato, concluiu que, "se a *lex loci executionis* prevalece, com pequenas exceções nas duas últimas fases, ela só é aplicável em certas situações quanto à capacidade dos contratantes e à forma do contrato". A capacidade das partes deve ser regida, em princípio, pela lei pessoal, que se confunde com a lei vigente no país onde o contratante está domiciliado. Observa, quanto à forma, que será a do local da celebração do contrato, salvo se no Brasil a modalidade contratual revestir-se de forma especial.

5. Empresas de grupos estrangeiros no Brasil

Quanto às empresas no Brasil pertencentes a grupos estrangeiros, é óbvia a aplicação do princípio da territorialidade, para a solução dos conflitos com o pessoal brasileiro. Aos trabalhadores estrangeiros, como ficou visto, a autonomia da vontade prevalecerá, respeitadas as condições mínimas de trabalho vigentes no País para os trabalhadores em geral e que são aquelas determinadas pelas nossas leis.

Observe-se, no entanto, que pode existir um tratado internacional, bilateral ou multilateral. Se, por exemplo, Brasil e Argentina firmarem um tratado internacional de direito do trabalho assegurando determinadas condições de trabalho para o trabalhador argentino, no Brasil, e brasileiro, na Argentina, é evidente que, uma vez ratificado esse tratado e tendo o valor da lei federal, será aplicável às relações de emprego desenvolvidas no território dos dois países.

6. Marítimos e aeronautas

Aos marítimos e aeronautas de empresas brasileiras, contratados no Brasil, em serviço nas suas embarcações ou aeronaves, para viagens internacionais, é aplicável o direito positivo brasileiro, salvo estipulação mais vantajosa expressa.

7. A extraterritorialidade

Denomina-se *extraterritorialidade* a garantia assegurada a certas pessoas, consistente na exclusão dos efeitos da legislação e jurisdição do país onde se encontram.

É o caso das embaixadas estrangeiras. Portanto, as relações de emprego entre embaixadas estrangeiras e o seu pessoal, no Brasil, serão reguladas segundo o princípio da autonomia da vontade.

A Constituição Federal de 1988 (art. 114), ao fixar a competência da Justiça do Trabalho, atribuiu-lhe poderes para apreciar e julgar dissídios trabalhistas entre empregados e empregadores, "abrangidos os entes de direito público externo", com o que as embaixadas passaram a sujeitar-se à jurisdição brasileira.

Os consulados já não gozavam de imunidade de jurisdição.

8. STST n. 207

Por força da STST n. 207, o princípio observado no direito brasileiro é o da territorialidade, *in verbis*: "A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação".

De acordo com essa jurisprudência, as regras aplicáveis ao contrato individual de trabalho são as que vigoram no país em que a relação de emprego desenvolve-se, e não as do Estado em que o contrato foi pactuado. Logo, se uma empresa estrangeira contratar um empregado em seu país e transferi-lo para o Brasil, a relação de emprego aqui desenvolvida será regida pelas disposições vigentes em nosso ordenamento jurídico.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não impede, no entanto, o reconhecimento, pela Justiça do Trabalho brasileira, de regras contratuais estipuladas pelas partes em outro país, desde que mais benéficas para o trabalhador, com fundamento no princípio do *pacta sunt servanda*. O que a lei quer é dar ao empregado as garantias conferidas pelas leis brasileiras sem impedir que outros direitos estipulados no seu país de origem o beneficiem, bem como impedir que os direitos mínimos aqui assegurados possam ser afastados pelo contrato de trabalho ajustado entre as partes.

Os expatriados são os executivos internacionais. Durante o período em que trabalharem no Brasil evidentemente terão os direitos assegurados pela lei brasileira, sem prejuízo das demais atribuições contratuais, mas não será razoável estender os efeitos da nossa lei sobre os períodos do seu contrato de trabalho em outros países, nos quais, diante do princípio da territorialidade, já lhes foram assegurados os direitos previstos pelas respectivas legislações mais os resultantes do contrato de trabalho. Haveria duplicidade de leis aplicáveis.

O brasileiro que trabalhou para empresa nacional no estrangeiro com salários mais elevados e que retorna ao Brasil pode sofrer redução dos salários? Apesar da irredutibilidade salarial garantida pela lei, é viável, se o contrato individual expressamente limitar o salário mais elevado ao período fora do Brasil, a cessação da obrigação patronal com o retorno ao nosso país, caso em que não estará sendo descumprido o contrato, pois os salários mais altos foram fixados sob condição. Cessada a causa desaparece o efeito. Os salários mais altos são fixados para que o empregado possa ter condições de subsistência de acordo com os padrões do país para o qual vai. Não se justifica a sua exigência fora do quadro econômico que a gerou.

9. Transferência de brasileiros

A Lei n. 7.064, de 1982, dispõe sobre a transferência, para outro país, de empregado contratado no Brasil por empresas prestadoras de serviços de engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, salvo em se tratando de transferências até 90 dias, conferindo-lhe determinadas garantias. A medida acabou sendo estendida para todas as empresas e setores de atividade, generalizando-se, portanto (Lei n. 11.962, de 2009).

§ 37. A lei no tempo

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria do efeito imediato. 3. Efeito imediato e retroatividade.

1. Introdução

O direito positivo não é fixo, imutável, cristalizado para todas as épocas, mas se sujeita às mesmas transformações decorrentes da evolução histórica e que atingem as instituições. Como frisa Benjamim de Oliveira Filho, incide sobre a lei, como sobre todas as coisas criadas, a ação inelutável do tempo. Percorre determinado ciclo de existência, nasce, vigora e morre ou desaparece; é editada ou promulgada, impera e se extingue ou caduca, pela revogação, por lei posterior que, expressa ou implicitamente, total ou parcialmente, lhe casse a prerrogativa imperante. Forma da vida social, está sujeito à lei, às mutações, à variabilidade das próprias relações sobre que se exerce seu poder regulamentar.

A mesma temporalidade se faz sentir no direito do trabalho, atingindo leis, convenções coletivas, tratados etc., daí por que surgem situações nas quais será preciso indagar sobre a norma aplicável ao caso concreto, se a velha ou a nova. O princípio da irretroatividade da lei vem sendo consagrado pelo direito, com exceções, como no caso da lei penal mais benigna. Cumpre verificar que no direito do trabalho também é aceita a irretroatividade como regra geral e que da maior importância para o nosso direito é a distinção, calcada em Paul Roubier, entre retroatividade e efeito imediato, esta última figura revestindo-se

de significado especial nos contratos de trato sucessivo, como o contrato de trabalho.

Na Antiguidade oriental, em especial no direito chinês e hindu, prevalecia como regra, a retroatividade da lei, mesmo prejudicial, com expressão da vontade do monarca, sem limites espaciais e temporais.

Já no direito grego e romano, a *irretroatividade*, ressalvados os superiores interesses do Estado, era o princípio predominante. O liberalismo, e as garantias individuais que procura preservar, elevaram a irretroatividade à categoria constitucional, paralelamente com outras figuras que o completam, como o princípio dos *direitos adquiridos*, do *ato jurídico perfeito ou consumado* e da *coisa julgada*, barreira anteposta à eficácia de uma lei nova e intransponível, por garantia constitucional.

No direito penal, todavia, admite-se a volta ao passado da lei nova, para atingir situações consumadas, em benefício do réu.

Outras especulações são feitas pelos doutrinadores, entre as quais a *teoria da situação jurídica*, de Bonnecase, que parte da distinção entre situação abstrata, maneira eventual ou teórica de cada um em relação à lei, e situação concreta, decorrente da verificação do fato temporal que dá origem aos direitos subjetivos. Assim, estarão em situação jurídica abstrata os que podem casar, os que podem herdar etc.; e em situação jurídica concreta os já casados, os herdeiros após a abertura da sucessão hereditária etc.

Também a *teoria dos fatos cumpridos*, de Windscheid, Dernburg e Ferrara, para a qual há retroatividade quando a lei nova suprime ou altera os efeitos já produzidos de um fato anterior e quando altera para o futuro um de nossos direitos em razão de fatos pretéritos.

Destaque-se a *teoria formal* de Paul Roubier e Planiol, segundo a qual a lei retroage se aplicada aos fatos consumados sob o império de uma lei anterior (*facta praeterita*) ou às situações jurídicas em curso, no que diz respeito aos efeitos realizados antes de iniciar-se a vigência da nova lei (*facta pendentia*). Se, ao contrário, a nova lei aplica-se às consequências ainda não realizadas de um ato ocorrido sob o império da precedente, não houve retroatividade e sim *aplicação imediata*. É o que ocorre nos contratos de execução sucessiva, como a locação de imóvel, arrendamento, sobre os quais recai a lei nova sobre

os efeitos não produzidos ou realizados, apesar de ter sido o contrato constituído no regime da lei anterior.

Convém ressaltar melhor, pela sua importância em relação ao contrato de trabalho, essa teoria e o interesse na distinção entre *efeito retroativo* e *efeito imediato*.

Diz Roubier que "a base fundamental da ciência dos conflitos de leis no tempo é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato de uma lei. Parece um dado muito simples: o efeito retroativo é aplicação no passado; o efeito imediato é aplicação no presente... Se a lei pretende ser aplicada sobre fatos consumados, ela é retroativa; se ela pretende ser aplicada sobre situações em curso, será preciso distinguir entre as partes anteriores à data da modificação da legislação e que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, sobre as quais a lei nova, se aplicável, não terá senão um efeito imediato; enfim, diante de fatos futuros, é claro que a lei não pode jamais ser retroativa". Portanto, retroatividade, vedada pelo direito, é a incidência da lei sobre situações consumadas. Efeito imediato, permitido pelo direito, é a aplicabilidade da lei às situações que se desenvolvem na época da sua vigência e que portanto não estão, nesse momento, consumadas.

Tanto a Constituição Federal, art. 5º, XXXVI, como o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei n. 4.657, de 1942) declaram que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, reputando-se ato jurídico perfeito, segundo esta última, o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

No sistema constitucional brasileiro, a retroatividade das leis é sempre excepcional e somente pode ser admitida mediante previsão expressa da lei, sem o que a lei nova não pode reger eventos passados sob o manto da legislação anterior, uma vez que os seus efeitos são gerados para o futuro diante da vedação constitucional que protege a incolumidade dos atos jurídicos.

2. Teoria do efeito imediato

Os conflitos de leis no tempo, em direito do trabalho, são resolvidos segundo o princípio do *efeito imediato*. Significa que uma lei nova tem aplicabilidade imediata, recai desde logo sobre os contratos

em curso à data da sua vigência, embora constituídos anteriormente, mas ainda não extintos. Portanto, à medida que novas leis trabalhistas são editadas, a todos os que são empregados, por ocasião da sua vigência, beneficiarão.

Citando Caldeira, afirma Francisco de Ferrari que a vigência imediata "é uma qualidade da ordem pública em que se fundam as disposições trabalhistas. Se, por exemplo, uma lei nova reduz a jornada de trabalho, seria impossível esperar que se celebrassem novos contratos de trabalho para que a redução entrasse em vigor. O mesmo ocorreria se, estabelecido legalmente um tipo de salário mínimo, ficasse admitido que continuassem sendo pagos salários inferiores aos trabalhadores".

3. Efeito imediato e retroatividade

Efeito imediato não se confunde com *retroatividade*, como bem explica Paul Roubier. *Retroatividade* é aplicação da lei a situações jurídicas já extintas ou consumadas. Assim, seria retroativa a lei trabalhista nova que viesse a ser aplicada aos contratos de trabalho já extintos à data da sua vigência. A questão da retroatividade é de direito positivo.

No Brasil, por preceito constitucional, a lei nova não pode ferir os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Portanto, como um contrato de trabalho já terminado é um ato jurídico perfeito, a lei nova não pode sobre ele projetar-se. Advirta-se, no entanto, que essa solução não é geral e depende do sistema jurídico de cada país, nada impedindo, em determinada ordem jurídica, a retroatividade de leis trabalhistas, desde que por dispositivo expresso. Em nosso país, a *irretroatividade* é o princípio vigorante.

Capítulo VIII

Teoria dos contratos de trabalho

§ 38. O gênero contratual

Sumário: 1. Contratos de trabalho. 2. Características de todo contrato de trabalho da pessoa física. 3. A contratualização nas relações de trabalho. 4. As novas ideias sobre contrato.

1. Contratos de trabalho

Toma-se a expressão *contratos de trabalho* como gênero. Nem sempre é usada assim. Mas muitos preferem, indistintamente, pensar em contrato de trabalho como contrato de emprego, isto é, o vínculo entre empregado e empregador. Todavia, já é tempo de definir o exato sentido dos termos porque estamos diante de um fenômeno claramente constatável na esfera das relações trabalhistas, a abertura tipológica dos contratos de trabalho, que não mais se resumem a um único modelo. A relação de emprego multiplica-se em diversas formas contemporâneas ou não mostradas, após pesquisa nacional e internacional, apoiada principalmente nos estudos de Santoro-Passarelli, na classificação que delas fizemos deste livro.

Onde fundamentá-la como gênero?

O direito processual do trabalho adiantou-se ao direito material do trabalho com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que instituiu a reforma do Poder Judiciário, alterando a redação do art. 114 da Constituição Federal para ampliar a competência da Justiça do Trabalho, que passou a processar e julgar "as ações oriundas da relação de trabalho".

Quando a lei dispõe sobre *relação de trabalho,* quer se referir a *contrato de trabalho.* Faça-se a ressalva sobre a antiga discussão sobre o sentido das duas expressões: aquela, uma visão objetivista do vínculo de emprego, esta, uma postura contratualista. Mas não se controverte que relação de trabalho é um gênero, ou, em outras palavras, contrato de trabalho é um gênero, e não se confunde com relação de emprego ou contrato de emprego, que é uma modalidade — a mais importante — de contrato de trabalho.

Com a alteração constitucional, a Justiça do Trabalho passou a julgar contratos de emprego e outros contratos, alguns previstos no Código Civil, como contratos de prestação de serviços autônomos quando prestados por uma pessoa física. Essa rediscussão não está terminada.

Outro fundamento do contrato de trabalho como gênero é o Código Civil, art. 594, ao dispor que "toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição", e o art. 593, segundo o qual "a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo", sendo correto o comentário de Matiello (*v. Código Civil comentado*, LTr, 2007) ao afirmar que, depois de relegada a plano secundário pelo advento do contrato de trabalho — entenda-se contrato de emprego —, a prestação de serviços voltou a assumir papel de grande relevância no cenário jurídico brasileiro, nas situações que não caracterizam relação de natureza trabalhista submetida à legislação específica.

Ora, se toda espécie de serviço ou trabalho lícito pode ser contratada mediante retribuição, não é mais possível uma relação taxativa ou monista dos contratos que tenham esse objeto. O que não deve ser seguido, por estar superada pelos fatos, é a terminologia arraigada em nosso vocabulário e que identifica contrato de trabalho com contrato de emprego, pois, se assim era possível em 1943, no período contemporâneo não é mais, tendo em vista a nova divisão do trabalho, que leva a novas formas de contratos de trabalho.

O gênero é o *contrato de trabalho*.

Outro aspecto também a destacar é a impropriedade da expressão *contrato de trabalho*, a não ser como gênero, porque, se o significado

do seu uso é o de uma modalidade, então o correto seria dizer, ao contrário da CLT, *contratos de trabalho* no plural, e não no singular, diante da variedade de tipos contratuais regidos no período atual pela legislação trabalhista.

Aceita a premissa de contrato de trabalho como gênero, cabe verificar a sua classificação deixando claro que o vocábulo, no sentido em que está aqui sendo usado, abrange um universo que ultrapassa o tradicional. A divisão inicial deve levar em conta as grandes áreas jurídicas do trabalho humano, que, segundo a antiga concepção binária, abrangia o trabalho autônomo e o subordinado, e de acordo com a teoria contemporânea funda-se na divisão tridimensional entre *autonomia* (trabalho para si), subordinação (trabalho para outro, sob seu comando jurídico) e *trabalho parassubordinado* (trabalho com características híbridas de autonomia e subordinação, que não se enquadra em nenhuma dessas duas áreas, tendendo para a coordenação no lugar da subordinação).

2. Características de todo contrato de trabalho da pessoa física

Algumas características devem estar presentes no contrato de trabalho da pessoa física, tanto no caso de contrato de emprego, que a mais terá a subordinação qualificada não existente nos outros contratos, como nos contratos de trabalho não subordinados ou de tratamento fora da relação de emprego.

Primeiro, a *pessoalidade* para definir, entre as novas relações de trabalho, quais as que devem receber a tutela da lei. Em princípio, será de trabalho toda relação jurídica cujo objeto residir na *atividade profissional* e *pessoal* de pessoa física para outrem, o que abrangerá não apenas as relações de emprego, mas outras relações jurídicas ou contratos de atividade profissional de trabalhadores, embora a outro título, excluindo, também, a pessoa jurídica prestadora de serviços.

A *pessoalidade* integra o conceito de relação de trabalho. Pode ser compreendida como a *intransferibilidade* ou *infungibilidade,* por iniciativa unilateral do prestador dos serviços, própria dos contratos *intuitu personae,* o que não é exclusivo da relação de emprego, porque é exigência também de alguns contratos de direito civil.

Segundo, a *profissionalidade* que afasta os serviços gratuitos ou prestados com finalidades não profissionais, como o trabalho benemerente e assistencial, por espírito de colaboração ou de vizinhança, ou com propósitos exclusivamente religiosos. A profissionalidade pressupõe uma troca entre trabalho e retribuição.

Terceiro, é a *indissociabilidade* entre o trabalhador e o trabalho que presta, porque o *quid* a prestar é a própria atividade da pessoa, o que mais destaca a singularidade da relação de trabalho. Não se quer, com isso, dizer que o conceito de empregado perdeu importância. Ao contrário, adquiriu conotações novas e cedeu espaço para outras formas de atividade profissional.

Quanto à *continuidade* para a mesma fonte de trabalho, pode estar presente tanto no trabalho autônomo, como no parassubordinado, quanto na relação de emprego, porque é perfeitamente possível o autônomo continuativo, uma vez que a continuidade não faz nascer necessariamente a subordinação**.**

3. A contratualização nas relações de trabalho

Por contratualização nas relações de trabalho não se quer sugerir nenhum modelo normativo que subestime a lei. Ao contrário. A lei trabalhista é inderrogável, e apenas quando permite derrogação outras normas prevalecerão. O que se quer mostrar é uma diferença, do ponto de vista da história do trabalho, entre os períodos anterior e posterior ao contrato individual de trabalho.

A figura do contrato, nas relações de trabalho, separa dois grandes períodos da história do trabalho humano: o período da escravidão e o período da liberdade de trabalho.

O contrato é uma afirmação de liberdade de trabalho porque modifica o relacionamento do trabalhador com o destinatário do trabalho, e sob esse prisma é inegável a sua importância, uma vez que põe fim ao regime de escravidão, de servidão e outras formas de trabalho forçado nas quais o ser humano é constrangido a prestar serviços subordinados. Com o seu advento, o homem passa a ter o direito de dirigir a própria vida como senhor de si mesmo, podendo oferecer o seu trabalho ou deixar de fazê-lo a determinado empresa-

dor, ao qual não está mais irrestritamente vinculado. Significa, portanto, um ideal de humanismo na preservação da dignidade do homem que trabalha e uma forma de liberdade pessoal consubstanciada na livre escolha de emprego.

Se há um ramo do Direito no qual o *contrato* é controlado pelas leis, ele é o direito do trabalho.

Os motivos são encontrados na história do direito do trabalho e na questão social que evidenciou a desigualdade entre as partes do contrato de trabalho, diante da qual, para restabelecimento do equílíbrio, foi necessário restringir a autonomia da vontade, e, no campo contratual, em vez de prevalecerem as cláusulas autodeterminadas pelas partes, a lei interferiu, reduzindo a autonomia das partes e incluindo-se no contrato, ainda que as partes, mesmo não contratando, não quisessem no seu contrato as cláusulas da lei, porque estas passariam a ser automaticamente aplicadas, ainda que contra a vontade dos sujeitos do contrato.

Essa foi a forma encontrada pelo direito do trabalho para seguir o princípio da igualdade, como tratar desigualmente situações desiguais, ou seja, a proteção do empregado como recurso jurídico para compensar uma descompensação econômica e contratual resultante da disparidade dos pratos da balança, que pende a favor do empregador por ele ter um poder natural que faz com que a situação que se encontra diante do trabalhador não seja de igualdade real.

Não obstante esses aspectos, que pesaram muito no direito do trabalho, de modo decisivo mesmo para a sua edificação, a figura do contrato nele sempre esteve presente, das suas origens com a *locatio* romana até o *contrato* do Código Civil de Napoleão, passando pelo *contrato individual de trabalho* das diversas legislações, que se expressou como uma única forma de contrato a tempo pleno e indeterminado.

Em nossos dias *os contratos de trabalho,* expressão plural diversa da anterior, é melhor que a anterior no singular. Representa o nome dado à tipologia contratual no direito do trabalho contemporâneo fruto de uma longa evolução, na qual se entremeiam ideias como as de revolução industrial, avanço da tecnologia, sistemas de produção e até mesmo conveniências do empregado e do empregador, como o trabalho na própria casa do prestador.

Desse modo, é possível falar em *contratualização das relações de trabalho,* porque mesmo as teses que dão ao vínculo entre empregado e empregador natureza não contratual acabam por se render e usar o contrato de trabalho.

Não há como rejeitar a figura do contrato, pois ela é necessária e está consagrada, mas é preciso tratá-la adequadamente no direito do trabalho, com as suas limitações naturais. O que se quer dizer com isso é que basta relatar o que é a situação entre empregado e empregador — relato que cabe à história do direito do trabalho — para que se conclua que o mercado por si não resolve os problemas trabalhistas, porque o ponto de partida da principal preocupação não é o mesmo. O mercado volta-se para uma finalidade, o produto que fabrica ou o serviço que quer prestar, e o direito do trabalho foca o homem que trabalha. Não se quer dizer com isso que o mercado se descuide do homem o que se demonstra por meio das ideias de responsabilidade social da empresa. Nem se quer dizer que o trabalhador não se preocupe com produção, em termos de quantidade e qualidade. O que se pretende dizer é que tudo é uma questão de prioridade.

Em uma sociedade plural e democrática, o papel desempenhado pelo contrato de trabalho é de fundamental importância, e os próprios fins a que se destina acham-se em consonância com a estrutura da sociedade organizada.

O contrato, nas relações de trabalho, adaptou-se às características próprias para as quais foi aplicado no âmbito trabalhista. Desempenhou o papel de instrumento que criou uma base jurídica a partir de algumas premissas que passaram a ser aceitas, entre as quais a de que os homens deveriam relacionar-se para a prestação de serviços, e o aproveitamento dessa atividade, segundo critérios pessoais e próprios, fixados por eles mesmos em cada situação concreta.

O contrato permitiu, à falta de leis, revestir as relações de trabalho de um modelo jurídico, contextualizando um complexo de direitos e deveres que resultavam da liberdade ilimitada de cada um. Com o tempo, a livre iniciativa foi limitada pelas normas fixadas pelo Estado. Mas os ajustes contratuais, verbais ou escritos, aqueles em maior número, trouxeram maior garantia de estabilidade e harmonia na vida social. Sabendo, de antemão, quais as obrigações que assumem e co-

nhecendo, portanto, os deveres a serem cumpridos, os homens mais se aproximam de um ideal de paz. A institucionalização do contrato de trabalho, portanto, permite uma nova e melhor colocação do problema das relações de trabalho.

O contrato de trabalho, geneticamente ligado à locação de serviços, mas dela sendo uma evolução, é um contrato à parte, isto é, não equiparável aos demais, como o de compra e venda, o de aluguel, o mútuo etc. A dignidade humana, frisa Fernando Guerrero, é dificilmente assimilável a uma coisa, sob o ponto de vista ético. O trabalho é algo inerente ao trabalhador, ao seu próprio ser. Quando o homem trabalha para outrem, dá um pouco de si. Não é o mesmo que ocorre quando alguém fornece a outrem uma mercadoria. A matéria ou objeto do contrato de trabalho, portanto, é muito especial. "Não é uma mercadoria qualquer, senão uma coisa do homem", diz Jollivet. É o rendimento humano do operário que o empregador utiliza; e essa riqueza pertence a um ser humano que pretende viver e cumprir o seu destino.

Os defeitos do individualismo ortodoxo e o empobrecimento dos trabalhadores, ocorrido após a Revolução Industrial, trouxeram, como consequência, a questão social, que significa, em essência, a não realização do bem comum, desprovida que ficou uma classe social da participação nos frutos da cooperação social. O contrato de trabalho é uma tomada de consciência ante a questão social. Desestimula, na medida do possível, o antagonismo e serve como anteparo aos choques de interesses. Permite uma aproximação e evita a separação. Eleva as condições de trabalho de algumas categorias profissionais e evita a padronização dessas mesmas condições de trabalho.

Justifica-se, também, o contrato individual de trabalho por uma razão de técnica jurídica, ou seja, a estrutura escalonada da ordem jurídica. As normas jurídicas trabalhistas são múltiplas, provêm de diversas fontes, como o Estado, as sociedades internacionais e os grupos econômico-profissionais, assumindo diferentes formas de exteriorização, como a lei, os decretos, as portarias, os tratados, as convenções internacionais, as convenções coletivas, os usos e costumes, os regulamentos de empresa etc.

Observe-se que, segundo as teorias subjetivistas, o fundamento do contrato está na autonomia da vontade como expressão de indivi-

dualismo no domínio jurídico. O indivíduo surge como fonte e fim de tudo, e a sua vontade é soberana. Assim, um contrato não é senão o resultado da livre disposição de uma vontade das partes que decidem constituir determinadas obrigações recíprocas que serão cumpridas e respeitadas como se fossem lei.

Para as *teorias objetivistas* o contrato é um instrumento social destinado à satisfação de necessidades recíprocas dos homens. Assim entendido, não é a vontade autônoma o seu fundamento, mas o interesse social objetivamente considerado, tendo a sua força obrigatória não porque é elaborado pelas partes, mas porque é presumidamente justo e na medida em que o seja.

O contrato de trabalho impõe-se tanto como necessidade subjetivista de afirmação da liberdade de trabalho como também de uma afirmação de justiça social sob cujos princípios deve ser enquadrado.

4. As novas ideias sobre contrato

O contrato da época contemporânea está fundamentado em novas ideias que o diferenciam, e de modo claro, daquelas que correspondiam à sua função no passado. As novas ideias convergem para os interesses e objetivos do direito do trabalho, na medida em que se identificam com algumas das suas principais necessidades.

A contratualização no âmbito trabalhista é criticada por sua forma de avaliar a relação de emprego, e o anticontratualismo é criticado porque vislumbra o vínculo de trabalho como um fato natural. Pode prestar-se a equivocadas interpretações. O anticontratualismo, levado às últimas consequências, nega a dignidade do ser humano. Reduz o ser humano a uma condição mínima, como se fosse destituído de vontade, sem criatividade, que nada precisa fazer a não ser esperar a proteção da lei que de tudo se encarregaria. Ao retirar o interesse na formação, no desenvolvimento e na extinção do vínculo de emprego, o objetivismo retira, também, dos sujeitos do contrato de trabalho a vontade, e, ao fazê-lo, massifica o ser humano sob o falso pretexto de que ele estará mais bem protegido.

As teorias que tentam explicar a formação do vínculo entre trabalhador e tomador dos seus serviços como mero engajamento, ocupação do seu trabalho como ato não volitivo como se tudo dependesse

de aproximação química entre duas partículas que automaticamente se atraem, desvalorizam o ser humano, e a sua vontade parte da sua personalidade

O vínculo de emprego não é uma sequência seriada e pré-programada de comportamentos que se realizam não pela iniciativa dos seus sujeitos, mas de uma pauta escrita antecipadamente cujos padrões serão efetivados na medida em que o tempo passa e de modo invariável sem qualquer participação dos interessados.

A extinção da relação de emprego não é uma realização física, natural, da separação entre siameses como na história de Chang e Eng, do Sião.

Com a evolução dogmática, pensar em contrato é hoje pensar em *contrato social*, não no sentido rousseauniano, que tem propósitos mais amplos, muito menos no sentido socialista, porque contrato em regime de evanescência da propriedade privada é uma contradição, por ser o contrato um instrumento de circulação de riquezas e de transmissão da propriedade, além dos seus outros fins, mas no sentido da aproximação entre o real e o contratual.

As novas ideias sobre o contrato, no direito civil brasileiro — fonte complementar do direito do trabalho — não fortalecem, ao contrário, reduzem a importância da teoria objetivista e aproximam o contrato da realidade social e das funções da nossa disciplina.

A começar pelos princípios gerais do Código Civil de 2002, que são três.

Primeiro, a *eticidade,* que valoriza as condutas éticas como a boa-fé objetiva (CC, art. 113) e que leva à interpretação dos contratos de acordo com o meio social que os cerca.

Segundo, a *socialidade,* que é o vetor da função social dos contratos para distanciá-los da individualização com que atuaram nas sociedades anteriores à industrial, ideia muito próxima à de Mario de La Cueva com o contrato-realidade, que se traduz numa exigência de postura do sistema produtivo com a função social da empresa, e indicativa da prevalência do coletivo sobre o individual — daí dizer Reale que, "se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da socialidade".

Terceiro, a *operabilidade,* que visa à efetividade mediante o poder do juiz de atuar com maior amplitude diante de cláusulas gerais e de aplicar diretamente os princípios do Direito, meio que conduz à tipologia contratual do direito do trabalho.

Diversos aspectos podem ser discutidos diante dessas premissas, a começar pela expressão *negócio jurídico.* É válida para o direito do trabalho? É própria para designar o vínculo entre empregado e empregador? Se o seu sentido é unicamente patrimonialista, não, pois o vínculo de trabalho é uma relação jurídica pessoal-patrimonial. A pessoalidade é muito mais significativa que a patrimonialidade. Os direitos de personalidade do trabalhador refletem uma postura culturalista que valoriza a pessoa humana e que talvez não esteja compreendida como o principal escopo da expressão *negócio jurídico*. Todavia, se a expressão tiver um conteúdo contratual em que não só os aspectos patrimoniais, mas também os aspectos pessoais, estejam valorizados, então não será imprópria.

Assiste-se à *constitucionalização do contrato* com a inclusão dos princípios constitucionais no seu conteúdo material e objetivo, o que permite trazer para o seu âmbito, por exemplo, os princípios da Constituição Federal, do art. 1º e do art. 5º, por exemplo, a valorização da dignidade do ser humano que trabalha.

Pode-se dizer, com Tartuce (*Função social dos contratos*), no encurtamento da distância entre o direito privado e o direito constitucional em busca do Estado Social. Onde antes havia uma disjunção, hoje existe uma unidade hermenêutica (Netto Lôbo). É o fenômeno por alguns denominado horizontalidade *dos direitos fundamentais,* que é a aplicação ao direito privado e às relações entre particulares dos direitos que regem a pessoa, previstos pela Constituição Federal, com o afastamento do velho conceito de normas constitucionais programáticas. Para esse fim, é importante o papel desempenhado, nas leis, pelas cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva (CC, arts. 113, 187 e 422), que abrem as portas, por não serem detalhadas, para essa migração.

Um dos princípios instituídos pelo direito civil, mas já respeitado nas relações de trabalho, é a *boa-fé.* Esta surgiu no palco jurídico pela mão do pretor — a *bona fides* –, como expediente técnico destinado a provocar efeitos previstos de Direito; foi transportada para o domínio

possessório; o Código de Napoleão a incorpora como boa-fé subjetiva; um dos seus vetores foi a proteção da confiança, e, como a elaboração do Direito é também o aperfeiçoamento da moral, nele a boa-fé ganhou consistência e suporte juspositivo. Numa fase anterior do direito contratual, quando se avaliava a boa-fé, a sua esfera era a do sujeito. A boa-fé era relacionada com a intenção das partes. Não é possível desprezar essa relação, porque o *animus contrahendi* é revelador de importantes aspectos do contrato. Porém, houve uma recolocação do problema, da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva (Rocha e Menezes Cordeiro).

A evolução do conceito de boa-fé relacionou-o não com intenção dos contratantes, mas com as condutas destes. É o que leva Tartuce a dizer que, com o passar do tempo, o conceito de boa-fé passou por uma contundente evolução, sendo admitido no plano objetivo, conectada com a *conduta,* e não apenas com a *vontade* dos sujeitos da relação jurídica. O mesmo autor, corretamente, defende que dentro do conceito de boa-fé objetiva está o de boa-fé subjetiva porque uma boa ação presume sempre uma boa intenção. A boa-fé objetiva no contrato de trabalho pressupõe uma conduta dos sujeitos fundada na lealdade, na confiança e na colaboração. Daí o art. 422 do Código Civil declarar que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé".

A *função social dos contratos* (CC, art. 421) limita a liberdade contratual, o que valoriza, na sua interpretação, o bom-senso, a razoabilidade, o equilíbrio no entendimento dos seus parâmetros, enfim, a instrumentalidade dos contratos. O contrato deve ser examinado mais em função da sua finalidade em relação ao meio que o cerca e da valorização da pessoa humana. Explica, a meu ver, porque o contrato de trabalho nulo pode, em determinadas circunstâncias, produzir efeitos jurídicos desde que tenha havido efetiva e concreta prestação dos serviços.

Essas ideias são *suportes do contratualismo contemporâneo* e, como se vê, põe-se numa diretriz limitativa da liberdade contratual e no sentido de oferecer ao aplicador do direito instrumentos para que no caso concreto sejam corrigidos os desvirtuamentos e o abuso de direito, como se faz necessário também nos contratos de trabalho.

§ 39. Enquadramento do contrato

Sumário: 1. Subordinação, parassubordinação e autonomia. 2. Colaboração, coordenação e continuidade. 3. Subordinação como trabalho típico. 4. Reconstrução doutrinária da teoria da subordinação. 5. Descontinuidade ou continuidade.

1. Subordinação, parassubordinação e autonomia

Já vimos os conceitos de subordinação, parassubordinação e autonomia. São conceitos necessários não só para classificar os tipos de trabalho na sociedade contemporânea e diante dos seus sistemas de produção como, também, e por decorrência, para classificar os tipos de contratos de trabalho, daí nos referirmos novamente a eles.

Sua importância relaciona-se com a tipificação ou o enquadramento do tipo de contrato de trabalho correspondente na teoria dos contratos, entre as diversas formas contratuais existentes, tarefa nem sempre facilitada pelos fatos e os conceitos jurídicos, da qual resulta a resposta a uma outra questão: qual é o modo como o trabalho é prestado?

Tipificar os contratos de trabalho, ou seja, enquadrá-los no padrão jurídico a que pertencem, não é uma ação meramente gramatical de redigir num documento o que as partes supõem que esteja sendo contratado, mas, principalmente, um levantamento descritivo da realidade da prestação de serviços que se pretende constituir. A realidade do tipo de trabalho a ser prestado — subordinado, autônomo, societário etc. — poderá ou não coincidir com o texto gramatical. Não havendo a coincidência, prevalece a realidade dos fatos. Essa é a razão que levou

Mario de la Cueva a dizer que o contrato de trabalho é um *contrato realidade*. O que realmente importa para o enquadramento jurídico do contrato é a descrição do trabalho e não tanto o nome do trabalho. De nada adianta denominar contrato de trabalho autônomo um e trabalho subordinado.

Os definidores tipológicos do contrato de trabalho são os conceitos de *pessoalidade, subordinação, autonomia* e *continuidade.* A teoria italiana acrescenta mais *parassubordinação, colaboração e coordenação.* Esses são os fundamentos jurídicos ou os alicerces da questão.

O conceito de subordinação passou por uma longa trajetória. Surgiu, como vimos, com grande autoridade na doutrina italiana, mantendo-se até os nossos dias a macrodivisão do trabalho profissional em *subordinado* e *autônomo*. Esses são os dois grandes ramos em que se situam as relações de trabalho que interessam ao nosso problema. De um lado, o trabalho subordinado, de outro, o trabalho autônomo, colocando-se em polos separados, de modo que a disciplina jurídica aplicável aos dois setores é diversa.

Coube a Lodovico Barassi, o que já foi mostrado em sua célebre monografia *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (1901), apontar a subordinação do *locator operarum* perante o empregador, o traço identificativo da *locatio operarum*. A subordinação está no *Codice Civile* da Itália (1942), que no Livro Quinto difere o "prestatore di lavoro subordinato" (art. 2.094) do "lavoro autonomo" (art. 2.222). Mereceu na doutrina peninsular obras específicas, destacando-se as de Domenico Napoletano, *Il lavoro subordinato* (1955) e Vincenzo Cassì, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro* (1947).

Outros juristas italianos se filiam à *escola da subordinação,* apontando-a como requisito essencial da relação de emprego. Relacione-se Greco, em *Il contratto di lavoro* (Torino, 1939, p. 112); Privitera, em *Il contratto d'impiego privato* (Roma, 1952, p. 63); Sinagra, em *Istituzioni di diritto del lavoro* (Palermo, 1955, p. 151); De Litala, em *Il contratto di lavoro* (Torino, 1956, p. 59); Barassi, em *Il diritto del lavoro* (Milano, 1957, v. 1, p. 325); Mazzoni, em *Manuale di diritto del lavoro* (Firenze, 1958, p. 188); e Riva Sanseverino, em *Dell'impresa*; commentario del Codice Civile Livro V (1958, p. 160).

A subordinação é aceita também pela doutrina e na jurisprudência da França, por Brun e Galland, entre outros.

Na República Federal da Alemanha, Alfred Hueck e H. C. Nipperdey dividem o trabalho em "dependente" e "autônomo".

É conhecida a posição da jurisprudência brasileira. Centraliza-se no conceito de subordinação como elemento divisor do trabalho e atrativo da esfera da relação de emprego. Assim, há um traço definido nos estudos apontando para o trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho.

Que é trabalho subordinado? A lei brasileira não o conceitua. Essa tarefa cabe à doutrina e à jurisprudência.

É uma figura que nasceu no Código Civil italiano. Um dos primeiros doutrinadores a discorrer sobre o tema é Vincenzo Cassì, em *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro* (1947). Mas a iniciativa é tributada, como vimos, a Lodovico Barassi.

Para Cassì, subordinação no sentido lato é a limitação da autonomia diante de uma exigência de ordem e de proteção No sentido estrito do direito do trabalho nenhuma relação tem com outras formas de sujeição de um indivíduo com outro — como a do *filius familias*. O instituto foi cunhado no seio da industrialização do século XVIII, diante do novo tipo de trabalho que surgiu nas fábricas, numa relação jurídica que tem de um lado o patrão e de outro o empregado, substituindo o sistema feudal.

As relações entre o capital e o trabalho foram impostadas programaticamente, de diversos modos, de acordo com as correntes políticas: a) a da luta de classes (concepção socialista); b) a da liberdade (pensamento liberal); c) a do compromisso e da colaboração (concepção cristã-social); d) ou a do predomínio político da classe trabalhadora (concepção comunista).

O significado de subordinação na sociedade contemporânea é diferente daquele existente nas sociedades anteriores. Atenuou-se por uma razão de respeito aos direitos do homem. Deixou de ser uma sujeição pessoal. De *status subiectionis* que punha o indivíduo à mercê de outro indivíduo na quase totalidade dos atos da sua vida, perdeu essa conotação na sociedade moderna civilmente organizada. A con-

cepção antiga da subordinação não tem mais a aprovação da consciência moderna nem nos costumes da sociedade.

A longa evolução do conceito até chegar à sociedade moderna introduziu no significado da subordinação um aspecto protetivo da personalidade humana e uma razão protetiva das funções econômicas da vida social, numa relação de disparidade entre subordinante e subordinado.

O conceito de *subordinação jurídica* surgiu concomitantemente com as leis trabalhistas, que conferiram ao subordinado no trabalho uma série de direitos para que diminuísse a sua sujeição pessoal. Essa sujeição, com as referidas leis, transformou-se no sentido da sua proteção, condição necessária da sua realização como pessoa. O homem, no trabalho prestado para outro indivíduo, foi considerado um *sujeito de direitos.* Não mais a sua pessoa subordinou-se, mas a sua *energia de trabalho* foi posta à disposição do subordinante.

Concluindo e sintetizando seu pensamento, Cassì afirma que "a subordinação exprime uma relação entre um homem (trabalhador) e outro homem (dador do trabalho em geral) tendo por objeto a *energia de trabalho*, seja física ou intelectual.

Surgem aqui duas questões centrais de não fácil solução.

Como estabelecer a distinção entre trabalho subordinado e autônomo? Feita a distinção, de que modo é definida a subordinação?

Numa simplificada síntese, autonomia é *modo de trabalho* no qual o prestador de serviços não está sob o poder do beneficiado. Portanto, aquele para o qual o serviço é prestado não tem o direito de exercer sobre o autônomo o poder de direção, o poder de fiscalização e o poder de controle.

Amplia-se, todavia, na atualidade, a doutrina italiana. Refere-se também ao trabalho *parassubordinado* como se vê em Tesauro, "La nozione di parasubordinazione" (in *La subordinazione*, dir. Giugny, UTET, 1993), figura a que se refere, também, o Código de Processo Civil italiano, art. 409, n. 3, que menciona a agência e a representação comercial diante das afinidades que possam ter com a relação de emprego, para prestar-lhes determinada tutela processual.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado.

A construção teórica da figura do trabalho parassubordinado teria alguma utilidade para o direito do trabalho se tivesse uma regulamentação legal específica não coincidente com as duas áreas entre as quais se situa o trabalho autônomo e o subordinado, mas essa regulamentação não existe, e o problema da extensão dos direitos do empregado subordinado ao parassubordinado não está resolvido nem mesmo na Itália, onde a jurisprudência é oscilante.

Quando o trabalho parassubordinado tiver características preponderantes de subordinação, mais simples será enquadrá-lo como tal (trabalho subordinado), para o efeito de aplicação da legislação pertinente, salvo se elaborada uma normativa própria, sem o que não será de grande utilidade no Brasil.

As bases da diferença entre trabalho autônomo e subordinado são encontradas no direito romano com as figuras da *locatio operarum* e da *locatio operis*. Na *locatio operarum* contrata-se a *operae*, isto é, o trabalho, a atividade humana, enquanto na *locatio operis* o contrato recai sobre o *resultado* do trabalho humano, sobre a obra, o *opus*, portanto. O contrato de trabalho autônomo corresponde ao *contratto d'opera*, à *locatio operae*; já o contrato de trabalho subordinado tem relação com a *locatio operarum*.

Entre as colocações recentes do problema, destacaremos as principais propostas.

Parte da doutrina espanhola, representada por Manuel Alonso Olea, em *Introdução ao direito do trabalho* (Ed. Sulina, 1969), e Manuel Alonso García, em *Curso de derecho del trabajo* (Bosch, 1964), salienta que o trabalho produtivo livre divide-se em *trabalho por conta própria* e *trabalho por conta alheia*. O primeiro considera a subordinação "não definidora do contrato de trabalho" porque aparece em

outros tipos de contrato, bastando haver uma organização hierarquizada. Para o segundo, o trabalho por conta própria implica a disposição dos produtos ou resultados do trabalho e só "el trabajo por cuenta ajena" importa como objeto da nossa disciplina.

Em princípio pode parecer original a classificação do direito da Espanha. Influenciou inclusive a Lei Orgânica da Previdência Social do Brasil ao definir autônomo como aquele que trabalha por conta própria. Essa diretriz é passível de crítica. Não explica as ideias que definiriam trabalho por conta própria e trabalho por conta alheia. Além disso, como será possível o trabalho "por conta alheia" a não ser sob dependência?

A *teoria do risco* que distingue o trabalhador autônomo do subordinado sob o vértice dos riscos da atividade que exerce também não é conclusiva. Basta lembrar que uma crise econômica leva a empresa a dividir os riscos da atividade com o trabalhador. Não faltam outros exemplos assim, dos quais bastam dois: falência e recuperação de empresa. Sirvam também de exemplos as leis que permitem redução geral do salário nos casos de força maior, redução do trabalho e do salário diante da conjuntura econômica etc. Se fecha o estabelecimento por gestão ruinosa do empresário, o trabalhador pode ser afetado. Logo, dizer que o empregado não sofre os riscos da atividade econômica é uma falácia.

A *teoria da propriedade dos instrumentos de trabalho* considera autônomo aquele que exerce atividade profissional detendo os meios de produção porque são de sua propriedade. Será subordinado aquele que no desempenho do trabalho utilizar-se dos meios de produção de outrem.

Também aqui podem ser levantadas dúvidas. O músico empregado de uma emissora de televisão é proprietário do seu instrumento musical. O jardineiro dono da tesoura de cortar a grama do jardim da fábrica para a qual presta serviços como empregado, o motorista dono do veículo que se põe à disposição de transportadoras, nem por esse aspecto deixará de ser empregado. Reconheça-se que atualmente a Justiça do Trabalho vem mudando as suas posições e considera importantes esses aspectos para afastar do âmbito da relação de emprego o trabalho prestado por alguém que é dono dos instrumentos ou ferramentas de produção.

A *teoria do resultado do trabalho* opondo-se ao resultado *imediato* é vaga. Quando o trabalhador tem o resultado primeiro e fica com o que produz, será autônomo. Quando o trabalhador *aliena* o que faz apenas recebendo um preço ou pagamento, será subordinado. Tem origem na teoria da alienação de Marx. O salário contemporâneo é fortemente influenciado pelo resultado da atividade do empregado.

A *teoria da relação entre o trabalho e a remuneração* segundo a qual é o critério determinativo da remuneração indica se o trabalho é autônomo ou subordinado, não é consistente. Sustenta-se na forma de contratação do pagamento dos serviços de uma pessoa, o que é falho. Confunde causa com efeito. Exemplo. Comissões é uma forma de remuneração tanto no trabalho autônomo — vendedor autônomo — como do empregado — balconista de loja. A teoria que não suporta a crítica de que a forma da remuneração não é decisiva.

Finalmente, inclua-se a *teoria da determinação ou indeterminação prévia* das prestações singulares, sendo autônomo aquele e subordinado este, segundo o tipo de trabalho. Caso o que se pretenda com a tese seja diferenciar o autônomo do empregado pelo *modo como o trabalho é prestado*, é o que eu defendo.

2. Colaboração, coordenação e continuidade

Da mesma forma que os conceitos de subordinação, parassubordinação e autonomia são fundamentais para o enquadramento dos tipos de trabalho, são também básicos para qualificar os tipos de contratos de trabalho, daí a relevância que aqui é dada a eles.

Os conceitos de *colaboração, coordenação* e *continuidade* surgiram no direito italiano ao lado de um novo tipo de contrato de trabalho, o *contrato de trabalho a projeto* — DL n. 276, de 2003, art. 61 —, ambos na Lei Biagi, que dispõe sobre relações de "*collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vinculo di subordinazione"* — colaboração coordenada e continuada, prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação.

Quanto ao contrato de trabalho para um projeto o mesmo dispositivo da lei peninsular estabelece ser aquele pactuado para um ou mais projetos específicos, programas de trabalho ou fases de programas

determinadas pelo comitente e geridos autonomamente pelos colaboradores em função do resultado na relação de coordenação com a organização do comitente, independentemente do tempo despendido para a execução da atividade laborativa.

O mesmo texto legal conceitua como trabalho ocasional a relação com duração total não superior a 30 dias no curso do ano solar com o mesmo comitente, salvo se a retribuição do trabalho no período for superior a 5 mil euros.

A lei excluiu do seu âmbito de aplicação as atividades intelectuais para cujo exercício é necessária a inscrição do profissional perante conselho de fiscalização do exercício da profissão.

O contrato para um projeto deve ser escrito e conter, entre outros dados, a indicação da sua duração (determinada ou indeterminada), a indicação do projeto, programa ou fases do programa individualizadas em seu conteúdo caracterizante, o correspectivo (retribuição) e os critérios para a sua determinação, o tempo, a modalidade de pagamento e a disciplina de reembolso das despesas, a forma de coordenação do trabalho e eventuais medidas de tutela da saúde e segurança do colaborador.

Não extinguem o contrato a gravidez, a doença e o acidente de trabalho, todavia suspendem o seu curso. O término do contrato dá-se com a conclusão da execução do projeto, do programa ou da fase do programa para o qual se deu a contratação.

Como se vê, a lei e a doutrina moderna italiana ressaltam uma transformação num dos elementos fundamentais que tipificam a condição de empregado, a subordinação, mostrando, como faz Giancarlo Perone (*v. Lineamenti di diritto del lavoro*), em que diferem *subordinação* e *coordenação.* Afirma, o professor da *Tor Vergata de Roma,* que coordenação denota o intento de utilizar organicamente a prestação do trabalho no âmbito da empresa, como pode ocorrer na representação comercial que caracteriza atividade autônoma, perspectiva organizativa da atividade de trabalho não desvinculada da programação empresarial, mas que se distingue da subordinação quanto ao tipo de determinação do referido programa.

Luisa Galantino dirigiu uma coleção de livros de direito do trabalho na qual os estudos sobre coordenação e subordinação foram

desenvolvidos por Santoro-Passarelli e Pellacani (*Il nuovo diritto del lavoro, subordinazione e lavoro a progeto).*

Na Itália, em vez de se falar em *empregado*, prefere-se *dependente ou subordinado.*

No trabalho coordenado, afirma o mesmo jurista italiano, ainda que sob o prisma econômico possa o prestador situar-se numa posição de inferioridade perante o destinatário do trabalho, as partes estão postas, ao menos no plano jurídico, em posição paritária resultante da própria modalidade de exercício da atividade. No trabalho subordinado o trabalhador, ao contrário, é submetido ao comando de outrem, ao qual deve obediência, em nada alterando a autonomia do trabalho coordenado o fator continuidade e pessoalidade, uma vez que estão presentes, também, nessa situação, diversa da que fundamenta a existência do vínculo de emprego.

3. Subordinação como trabalho típico

O trabalho subordinado é *típico* e *atípico*.

Subordinado típico é o *empregado*, definido pelo nosso direito como a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

A subordinação é a nota que o caracteriza, mas é característica presente também em outros tipos de trabalho, como o eventual, o intermitente, o avulso e o temporário.

Avaliar a subordinação em cada caso concreto é verificar *o modo como o trabalho é prestado* e não a forma como é denominada a atividade profissional, já que a questão pode enfrentar situações nas quais dúvidas de interpretação podem dividir as opiniões e sob esse prisma pode-se dizer, mesmo, que saber se o trabalho, em cada caso, é subordinado ou não é questão que não deixa de ser influenciada pela subjetividade do julgador segundo a importância que vier a dar a aspectos da relação jurídica. A mesma profissão pode ser exercida de modo subordinado ou autônomo, dependendo das circunstâncias em que se efetivar o trabalho.

Desse modo, o enquadramento jurídico da atividade profissional em um dos tipos de trabalho depende de características com que a

atividade é exercida, e o parâmetro primeiro a ser verificado é se há relação de emprego que, em qualquer tipo de profissão, configura-se quando presentes os requisitos descritos pela legislação quando define empregado.

Portanto, a tipificação de cada caso deve ser por exclusão e, eliminada a possibilidade de relação de emprego, passa-se a verificar que outra hipótese, e são diversas, de trabalho caracteriza a relação jurídica em exame, definindo-se os respectivos direitos que não são coincidentes, dependendo do tipo de vínculo existente. Portanto, várias são as relações de trabalho e as suas peculiaridades. Examinar-se-á, em seguida, o padrão geral do direito do trabalho, a relação de emprego.

O modo como o trabalho é prestado permite distinguir melhor entre trabalho subordinado e trabalho autônomo desde que seja percebido que há trabalhos nos quais o trabalhador tem o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinando-a segundo os seus critérios pessoais, enquanto há trabalhadores que resolvem abrir mão do poder de direção sobre o trabalho que prestarão, fazendo-o não coativamente como na escravidão, mas volitivamente como exercício de uma liberdade, transferindo, por contrato, o poder de direção para terceiros em troca de um salário, portanto, subordinando-se.

Aqueles que detêm o poder de direção da própria atividade são autônomos e aqueles que alienam o poder de direção sobre o próprio trabalho para terceiros em troca de remuneração são subordinados.

Como se manifesta o poder de direção e quais as suas dimensões?

O poder de direção desenvolve-se em tríplice dimensão.

Compreende o *poder de organização*, o *poder de controle* e o *poder disciplinar*.

O subordinado, não detendo o poder de direção, submete-se ao poder de organização de terceiro, e sabemos que quem organiza os meios de produção ou a prestação de serviços no exercício de uma atividade, cujos resultados são próprios, é o empresário. O subordinado abre mão do poder de organização. Pertence ao empresário. Se o trabalhador auto-organizar-se será o "piccoli imprenditori" do art. 2.083 do Código Civil da Itália (1942), não será empregado.

O segundo aspecto do poder de direção está no poder de controle, que é resultado de uma organização hierárquica na qual o trabalho de alguém pode ser fiscalizado e dirigido por outrem. A lei brasileira considera empregador aquele que dirige a prestação de serviços de outrem.

O terceiro ângulo do poder de direção consiste no poder disciplinar, de fundamento para uns contratual, para outros institucional, reconhecido pela doutrina predominante, daí por que no trabalho subordinado sujeita-se o trabalhador às sanções disciplinares que segundo as normas jurídicas são previstas ou toleradas.

Expusemos os critérios conceituais que diferenciam o trabalho autônomo do subordinado.

Há outros, não conceituais, que poderíamos chamar de concretos, objetivos, consistentes nos dados indicativos de subordinação, observáveis na relação jurídica de trabalho.

Não é possível uma completa enumeração quando se penetra no mundo dos fatos.

Domenico Napoletano dá como indícios de subordinação, segundo um critério prático, a atuação do trabalhador no *local* onde se situa o estabelecimento do empresário, além de outros. Acrescentaríamos a obrigação de cumprir um *horário*, de marcar cartão ou livro de ponto, de comparecer ainda que periodicamente no estabelecimento, de prestar contas do seu trabalho, de permanecer à disposição do empresário mesmo sem prestar serviços, o pagamento de salário-horário, já que aquele que ganha com base no tempo só por tal razão subordina-se, critério extensivo às demais formas de remuneração nas quais o pagamento do trabalho prestado é calculado com base no fator tempo etc. Pode alguém ganhar com base no resultado, como o tarefeiro, mas o que o caracteriza como empregado é exatamente o *modo como o trabalho é prestado*.

Modo como o trabalho é prestado é um conceito técnico-jurídico que permite o enquadramento de uma situação de fato. Esta revelará se o que na realidade ocorre corresponde aos padrões estabelecidos pela lei. E à lei compete definir os âmbitos de aplicação do direito do trabalho. Não se trata de uma noção técnica. É uma noção jurídica. A fixação unilateral de critérios de padrões preferenciais de qualidade não basta para transferir poderes. É uma exigência natural.

Assim, *trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro definir o modo como o trabalho lhe será prestado, competindo ao favorecido a direção, o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar na relação jurídica na forma do ordenamento jurídico.*

Exemplifique-se com o médico, que será subordinado se trabalhar mediante salário numa organização que não é sua e sob controle, mas será autônomo se perante a organização autodeterminar-se definindo o modo como o seu trabalho será prestado Assim também o advogado, o dentista, o motorista, o vendedor etc.

4. Reconstrução doutrinária da teoria da subordinação

Outros aspectos, além dos já mostrados, podem ser acrescentados às transformações da doutrina italiana, que, como é possível ver nos livros de Giancarlo Perone (*Lineamenti di diritto del lavoro*, 1999), Luisa Galantino (*Diritto del lavoro,* 2001*),* Giuseppe Santoro-Passarelli (*Diritto dei lavori,* 2002*)* e Antonio Vallebona (*Istituzioni di diritto del lavoro: il rapporto di lavoro,* 2000).

São doutrinadores que tentam reelaborar a teoria da subordinação por considerá-la insuficiente para distinguir tipos de trabalho que crescem na sociedade e que diferem do padrão sociológico que levou o Direito do Trabalho a construí-la. Assim nasceu a teoria da *coordenação* e a da *parassubordinação,* para substituir ou completar os tradicionais conceitos de dependência e subordinação.

Depararam-se, os juristas italianos, e principalmente a jurisprudência, com dificuldades para saber, em diversos casos, concretamente, em que consiste a subordinação, a tal ponto que as diversas concepções surgiram, tomando por base um determinado aspecto, a ponto de Luisa Galantino dizer que a noção de subordinação é múltipla, confusa e contraditória, exigindo um trabalho de reconstrução que não é fácil para o intérprete, no direito italiano, a pluridirecional diante da multiplicidade de definições diferentes.

Quais são esses métodos da doutrina e jurisprudência peninsulares?

Alguns doutrinadores preferem o *método silogístico,* pelo qual tentam construir um conceito abstrato de trabalho subordinado e de

trabalho autônomo, nem sempre adaptável à variedade de situações reais, próximo, portanto, da noção tradicional de subordinação como um conceito unitário compreensivo de todas as situações reais, o que hoje é rejeitado pela doutrina e deixa a jurisprudência em dificuldade.

O método silogístico parte da norma na qual procura, porém com dificuldade, encontrar justificativa para enquadrar na subordinação todas as realidades concretas do mundo multiforme da relação de emprego. A premissa é um conceito de subordinação aplicável a todas as relações de emprego, da qual, dedutivamente, chegar-se-ia à realidade. Esse método, para Perone, é um retardamento na compreensão dos fenômenos evolutivos que se manifestam e um freio às tendências expansionistas das relações de trabalho.

Giuseppe Santoro-Passarelli (*Diritto dei lavori,* 2002) prefere o método normativo para assinalar a insuficiência de um só critério para identificar a hipótese típica trabalho subordinado. Ao mesmo tempo critica, também, a diferença entre autônomo e subordinado pelos conceitos de contrato de atividade e contrato de resultados. Vê a presença de ambos no trabalho autônomo e no subordinado. Estende para a teoria dos riscos da atividade a mesma crítica. Não a considera útil. Rejeita, também, a teoria da subordinação socioeconômica ou da dependência econômica. Pergunta: que é dependência? Entende que no atual estágio do ordenamento positivo italiano ela não pode ser elemento diferenciador do trabalho subordinado e do trabalho autônomo. Sob esse prisma às vezes há uma similitude de condição social e econômica do trabalhador tanto autônomo como subordinado.

Outros seguem o *método substantivo* ou *tipológico* ou o raciocínio por aproximação diante dos tipos sociológicos diversificados de relações de trabalho que gravitam dentro ou em torno da relação de emprego.

Esse método reconhece que há elementos de caracterização presentes em um tipo e ausentes em outro tipo de trabalho, como no trabalho na empresa, no trabalho em domicílio, no trabalho doméstico, no trabalho desportivo, cujos traços distintivos impedem uma conceituação abrangente, renuncia a uma qualificação típica genérica de trabalho subordinado e admite que as situações fáticas não sejam idênticas, no que é mais sincero que o método genérico e silogístico; têm em conta que algumas características do tipo legal, em

cada caso concreto, podem estar presentes de modo mais ou menos intenso e relevante.

Não é, para Perone, isento de crítica, "a começar pela arbitrariedade do critério com o qual o tipo resultante da definição legal é substituído por outro resultante da realidade social", advertindo que os conceitos de autonomia e subordinação devem ter uma configuração jurídica definida e certa.

É fácil ver que houve influências, nos conceitos teóricos, das transformações das organizações produtivas com a diversidade de situações novas trazidas pela diferente sincronização de tempo, espaço e modalidades de execução do trabalho para a empresa, diferentes da hierarquização típica tradicional, em detrimento de uma *visão* que os italianos chamam de *codicística da questão*.

Admitem que haja um modelo difuso no qual é crescente a importância do trabalho intelectual, das formas flexíveis de organização do trabalho, alterando-se na proporção da dimensão da empresa, do desenvolvimento tecnológico e da informática, elastecendo as modalidades de trabalho quanto ao tempo e ao espaço em que é exercido e quebrando, cada vez mais, a hierarquização.

Razões dessa ordem levam a subordinação a ceder lugar para a coordenação e a interação, e o ciclo produtivo da empresa de modo direto e contínuo prescinde da sua modalidade temporal ou executiva, tudo contribuindo para a superação da noção tradicional de subordinação, mesmo porque, adverte, a subordinação pressupõe a imputação ao empreendedor de uma atividade de empresa com riscos patrimoniais conexos, enquanto a despersonalização da atividade na complexidade da produção se contrapõe a esse quadro...

E quais são as novas propostas?

Primeira, a *heterodireção.* Acentua no poder de direção a principal característica da relação de emprego. Vallebona (*Istituzioni di diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*) refere-se à "intensa e tormentosa elaboração interpretativa da tipicidade trabalho subordinado".

O prestigiado professor italiano elege a *heterodireção da atividade* como característica essencial do trabalho subordinado, no sentido de que a prestação do trabalho deve ser desenvolvida pelo modo im-

posto pelo empregador. Valoriza, como aspecto importante, a posição do trabalhador. São as ordens que é obrigado a respeitar. Afirma, no entanto, que a heterodireção muda de aspecto na conformidade do tipo de função não sendo igual a todos os empregados. Sua intensidade é diferente nos casos de um médico empregado e um operário empregado. Mostra, também, que não é esse dado o único ou essencial para distinguir o trabalho subordinado do autônomo. Admite a subsidiariedade de outros critérios da doutrina e da jurisprudência, entre os quais a inserção numa organização, o cumprimento de horário, a sujeição ao poder disciplinar, a exclusividade, a intensidade da prestação do trabalho, a inerência desta ao ciclo produtivo, a alienação dos meios de produção, a retribuição fixa sem riscos de resultado, alguns deles que, embora não sendo incompatíveis com algum tipo de trabalho autônomo, concorrem para o convencimento do juiz para distinguir hipóteses.

Giuseppe Santoro-Passarelli (*Diritto dei lavori,* 2002) ensina que a palavra dependência indica que o desenvolvimento da prestação de trabalho deve integrar uma forma de colaboração do prestador de serviços idônea para satisfazer o interesse do credor do trabalho na sua condição de empreendedor (subordinação funcional), enquanto a expressão sob a direção indica que o empresário tem o poder de determinar a modalidade de execução da prestação de trabalho (subordinação técnica) a fim de que esta satisfaça o seu interesse.

Acrescenta que esse aspecto mostra como no contrato de trabalho a prestação do trabalho subordinado e a função organizativa do empresário estão estreitamente conexas e interdependentes, mais precisamente que o contrato de trabalho subordinado autoriza o empresário a planificar e coordenar, pelo poder diretivo, a prestação de trabalho e a coordenar um ou mais contratos de trabalho com os outros fatores da produção para realizar o resultado produtivo, situação que, no seu entendimento, coloca a jurisprudência em dificuldade para nos casos concretos fazer uma adequada avaliação, com o que entende insuficiente uma só categoria, subordinação ou autonomia, para classificar o trabalho prestado a uma empresa.

Segunda, a *coordenação*. O Código Civil italiano (Seção Segunda) refere-se a *colaboradores da empresa. Coordenação* é uma extensão da subordinação com novo desenho mais flexível. Põe-se na linha

evolutiva do conceito de subordinação e no sentido do afastamento o quanto possível do *status subiectionis* em que se achava o trabalhador na sociedade pré-industrial.

Transforma um dos elementos fundamentais que tipificam a condição de empregado, a subordinação, notando uma diferença entre subordinação e coordenação, para afirmar que coordenação denota o intento de utilizar organicamente a prestação do trabalho no âmbito da empresa, como pode ocorrer na representação comercial que caracteriza atividade autônoma, perspectiva organizativa da atividade de trabalho não desvinculada da programação empresarial, mas que se distingue da subordinação quanto ao tipo de determinação do referido programa.

Sublinha Perone, portanto, que sendo a empresa uma organização na qual há um poder diretivo, é natural que nela coexistam diversos graus e títulos de ingerência pertinentes ao poder do empregador, correspondendo a diversas hipóteses de qualificação do vínculo jurídico, no caso da atividade coordenada, resultando, de modo bilateral, de um acordo entre as partes quanto às determinações sobre tempo, modo e conteúdo da prestação, enquanto no caso de atividade subordinada provindo de determinação unilateral do empregador como expressão do seu poder de direção sobre o trabalho dos empregados, para concluir que atividade coordenada não é o mesmo que atividade subordinada.

No trabalho coordenado, afirma o jurista italiano, ainda que sob o prisma econômico possa o prestador situar-se numa posição econômica de inferioridade perante o destinatário daquele, as partes estão postas, ao menos no plano jurídico, em posição paritária, resultante da própria modalidade de exercício da atividade, enquanto no trabalho subordinado o trabalhador, ao contrário, é submetido ao comando de outrem, ao qual deve obediência, em nada alterando a autonomia do trabalho coordenado o fator continuidade e pessoalidade, uma vez que estão presentes, também, nessa situação, diversa da que fundamenta a existência do vínculo de emprego.

Luisa Galantino (*Diritto del lavoro*) mostra que ao se inclinar para o trabalho subordinado com seu objeto, o contrato de trabalho afasta outras atividades nas quais não vê essa característica, enumerando-as: trabalho autônomo, trabalho gratuito, trabalho familiar, agência e in-

termediação mercantil, trabalho prestado pelo sócio de indústria e pelo sócio cooperado e trabalho dos servidores públicos disciplinados por legislação específica, vendo, no entanto, a força expansiva do direito do trabalho, que leva a sua aplicação às relações de colaboração, que se expressam por uma prestação de serviços continuativa e coordenada, prevalentemente pessoal.

Prefere concluir que o tema é inconcluso; critica a teoria da heterodireção porque encontra também no trabalho autônomo, a mesma característica e indica como critérios complementares e subsidiários à subordinação — que conceitua como trabalhar sob a direção de uma organização, inserindo-se nela para cumprir os fins por ela objetivados —, os seguintes: a realização de um resultado final, a existência de uma organização de empresa, o risco da empresa, a retribuição basicamente em função do tempo, o horário de trabalho, a continuidade da prestação de serviços e a colaboração intensa e sistemática, e afirma que existem relações de trabalho atípicas.

Terceira, a *parassubordinação.* Parte da doutrina italiana refere-se a trabalho parassubordinado, como se vê em Tesauro, "La nozione di parasubordinazione" (in *La subordinazione,* dir. Giugny, UTET, 1993), e nos autores modernos acima citados, figura a que se refere, também, o Código de Processo Civil italiano, art. 409, n. 3, que menciona a agência e a representação comercial, diante das afinidades que possam ter com a relação de emprego, para prestar-lhes determinada tutela processual.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado.

A construção teórica da figura do trabalho parassubordinado poderia ter utilidade para o direito do trabalho se tivesse uma regulamentação legal específica não coincidente com as duas áreas entre as quais se situa o trabalho autônomo e o subordinado, mas essa regulamenta-

ção não existe, e o problema da extensão dos direitos do empregado subordinado ao parassubordinado não está resolvido nem mesmo na Itália, onde a jurisprudência é oscilante.

Quando o trabalho parassubordinado tiver características preponderantes de subordinação, mais simples será enquadrá-lo como tal (trabalho subordinado), para o efeito de aplicação da legislação pertinente, salvo se elaborada uma normativa própria, sem o que não será de grande utilidade no Brasil. Porém, não é possível negar que existem atividades profissionais que não se enquadram diretamente nas duas categorias tradicionais, o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, porque trazem um componente, embora mitigado, de cada uma dessas duas noções.

Quarta, o *trabalho sem adjetivação.* Sustenta Perone (*Lineamenti di diritto del lavoro*) que em uma perspectiva geral se invoca um novo modelo de contrato de trabalho, o trabalho sem adjetivos, portanto *do trabalho subordinado para o trabalho* centralizado não só na subordinação, mas sobre a *conexão funcional, continuativa e pessoal* para uma organização como contraparte, modelo no qual o rigor da tutela viria modulado na inserção do trabalhador e na sua sujeição a determinações de outrem.

Propõe um terceiro gênero entre subordinação e autonomia, capaz, no seu entendimento, de abranger todas as formas contratuais, forjada pela autonomia coletiva, fonte, na Itália, dos convênios coletivos nos quais são previstas diversas figuras contratuais compatíveis com os aspectos sociológicos atuais das relações de trabalho.

Essas considerações sugerem uma conclusão que se compatibilize com o direito brasileiro.

É enorme a influência que nele sempre se fez sentir do direito italiano. Manifesta a dificuldade de enquadramento nos tipos legais entre nós existentes de todos os casos nos quais há um misto de subordinação e autonomia. O conceito de subordinação, também para nós no Brasil, é insuficiente. Não é possível ignorar que há casos que se situam numa zona cinzenta. Faltam conceitos complementares aos de subordinação e autonomia. É tarefa da dogmática jurídica a sua construção. A lei também pode encarregar-se fazê-lo, como na Espanha, com o Estatuto do Trabalhador Autônomo. Porém, mudar a lei trabalhista em nosso país, se não é uma missão impossível, é perturbadora.

Não é possível afastar o conceito de subordinação porque não há nada na lei brasileira que o substitua. Pode, no entanto, ser complementado com outras noções.

A *coordenação* é um deles. Coordenar significa *ordenar junto.* Difere de subordinação, que é ordenar *unilateralmente.*

O poder de subordinação e a submissão contratual à subordinação caminham juntos.

A parassubordinação é um meio caminho entre subordinação e autonomia. É é um *tertium genus*, e não é difícil reconhecer tipos de trabalho exercidos na sociedade de modo parassubordinado.

Na sociedade pós-industrial o trabalho que interessa ao direito do trabalho é o prestado para uma organização, compreendida, de modo amplo, como organização do trabalho alheio; nele a *heterodireção* do trabalho, interpretada como o direcionamento desse trabalho para que a organização, a que se destina, possa dele fazer uso; em seguida a *continuidade* formal, pela qual há o entrelaçamento físico-jurídico desse trabalho com a organização; depois a subordinação na atualidade, desdobrando-se em subtipos, a coordenação e a parassubordinação. Seriam um só e mesmo subtipo ou dois conceitos diferentes? Examine-se, à luz dos conceitos, o trabalho para a indústria, para o setor de serviços, o teletrabalho, a consultoria, a manutenção do equipamento de informática, a auditoria interna, o turismo, a representação comercial, o transporte rodoviário, o trabalho do atleta profissional, o alto executivo da empresa, a denominado "PJ", que é a pessoa jurídica que presta serviços para uma empresa cuja sociedade é reconhecida pelas leis tributárias e previdenciárias, o médico que se associa a outros para prestar serviços continuadamente para um hospítal, e assim por diante.

5. Descontinuidade ou continuidade

Trabalho continuado e trabalho subordinado não são uma só e mesmo figura. Um trabalho pode ser continuado para a mesma fonte e não ser subordinado. Basta que seja autônomo. A continuidade do trabalho para a mesma fonte nem sempre gera subordinação.

Por outro lado, não só o trabalho do empregado é subordinado.

Os serviços contratados pelo trabalhador eventual também podem sê-lo, e muitas vezes serão executadas com independência e autonomia, dependendo de cada situação concreta, porque a característica básica do eventual não está na subordinação ou autonomia, mas na ocasionalidade da execução de um serviço de curta duração, caracterizado por um fim predeterminado que as partes estipulam, e com desenvolvimento da atividade, se houver o retorno do eventual, em um parâmetro de intermitência acentuado.

No trabalho eventual não há uma inserção continuada do prestador na organização para a qual o serviço é prestado, nem a inerência desse trabalho aos fins principais da atividade econômica da empresa, dada a singularidade do *opus* ou *resultado*, em cujo cumprimento se exaure o contrato. Por esse mesmo motivo é que não pode ser beneficiado com os mesmos direitos previstos para o empregado, sendo essa a principal causa da marginalização do eventual e da falta de proteção jurídica que deveria receber, pautada em critérios próprios.

A lei brasileira não fixa prazo máximo para o trabalho eventual, ao contrário de leis de outros países, e seria bom se o fizesse para evitar dúvidas de interpretação dos casos concretos, contribuindo para maior segurança jurídica dessa figura útil ao direito do trabalho e à economia do país.

Não só a continuidade dos serviços prestados para a mesma organização basta para caracterizar a figura do empregado. Um autônomo nessa qualidade, se prestar serviços para a mesma empresa e sem subordinação, será autônomo e não empregado, apesar da continuidade, diante da ausência de subordinação.

§ 40. A função social do contrato

Sumário: 1. Função social do contrato como atenuação do *pacta sunt servanda.* 2. A maior liberdade do juiz.

1. Função social do contrato como atenuação do *pacta sunt servanda*

Já vimos que o direito civil brasileiro adiantou-se às leis trabalhistas com o princípio da *boa-fé nos contratos,* compreendida de modo objetivo, o que significou um extraordinário avanço na teoria dos contratos, que se alinhou à moderna concepção da função social do direito na sua plenitude, aspecto relacionado diretamente com as características que deve ter o contrato individual de trabalho, de um lado beneficiado com a teoria, de outro inspirador desta.

Vimos, também, que, na primeira fase do estudo da boa-fé nos contratos, o desenvolvimento do tema restringiu-se a um dos seus aspectos: o da boa-fé subjetiva, o que significa que a boa-fé era avaliada em função dos aspectos subjetivos ou da intenção dos sujeitos, sendo, desse modo, importante o que se passava na esfera dos sujeitos, em função da qual o tema era examinado. Em outras palavras, importava o *animus contrahendi,* revelador de importantes aspectos do contrato. Porém, houve uma recolocação do problema, da boa-fé subjetiva para a boa-fé objetiva.

Sobre as consequências da nova postura dogmática assim se expressam os juristas portugueses Manuel da Rocha e Menezes Cordei-

ro (*Da boa-fé no direito civil)*: "O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa ótica histórico-cultural, a uma regra de atuação de boa fé. As incursões anteriores permitiam detectar esses deveres — e logo o aflorar dessa regra — no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção de obrigações".

Na teoria moderna, a do nosso Código Civil, passou por uma evolução. A teoria moderna relacionou-o não apenas com intenção dos contratantes, mas com as *condutas* destes e é nesse sentido que no Código Civil (art. 422) *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé*.

Com isso, e com a *função social dos contratos* (CC, art. 421), o Código Civil limita a liberdade contratual, o que valoriza, na sua interpretação, o bom senso, a razoabilidade, o equilíbrio no entendimento dos seus parâmetros, enfim, a instrumentalidade dos contratos, porque o contrato deve ser examinado mais em função da sua finalidade em relação ao meio que o cerca, e da valorização da pessoa humana.

Sobre a função social do contrato, Ricardo Fiuza, em *Novo Código Civil comentado,* afirma que "contrasta com o *pacta sunt servanda* para atenuar a autonomia da vontade e promover a realização de uma justiça mais comutativa, acautelando desigualdades substanciais entre os contratantes". Acrescente-se que o *pacta sunt servanda* não é absoluto. Seu contraposto é a teoria da imprevisibilidade dos contratos ou a *cláusula rebus sic stantibus.*

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados* (Revista dos Tribunais, 2002), sustentam, comentando o mesmo princípio, que "o Juiz poderá preencher os claros do que significa função social, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. Poderá convalidar o contrato anulável. Poderá determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato".

Conclusões da *Jornada de Direito Civil,* promovida pelo *Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal* (set. 2002), sobre o art. 421, a função social do contrato: a) constitui cláusula geral

a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros; b) constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato; c) não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa.

E sobre o art. 422: a) em virtude do princípio da boa-fé, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa; b) alcança as fases pré e pós-contratual; c) impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes; d) deve ser interpretado levando em conta a conexão sistemática com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

Todas as conclusões do direito civil sobre boa-fé nos contratos são aplicáveis ao direito do trabalho. É uma decorrência do princípio da eticidade nos contratos, o que não é reserva do direito civil, mas uma ideia básica comum aos contratos em qualquer setor do direito.

O comportamento dos sujeitos dos contratos de trabalho deve respeitar um conjunto de deveres previstos pelo direito positivo, tanto o empregado como o empregador, e boa-fé tanto no período pré-negocial como na constância de contratos e na fase da extinção dos contratos, e o comportamento que contrariar o princípio estará em desacordo com o direito.

Não é por outra razão que nos contratos individuais de trabalho é nulo todo ato destinado a desvirtuar, impedir ou fraudar as disposições da lei (CLT, art. 9º), nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público (CLT, art. 8º, parágrafo único), as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes em tudo que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho (CLT, art. 444), e nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente esta garantia (CLT, art. 468). É o motivo, também, pelo qual constitui justa causa para a rescisão justificada do contrato uma série de atos subjetivos do empregado (CLT, art. 482) e do empregador (CLT, art. 463).

2. A maior liberdade do juiz

O juiz tem um poder maior para atuar nos contratos de trabalho para correção de efeitos contrários aos princípios da boa-fé e da probidade, por isso que, se for bem exercido, só trará resultados benéficos para a ordem jurídica; porém, se exercido sem o necessário bom-senso, sobrecarregará os tribunais trabalhistas de recursos, porque o preceito dá larga margem para a subjetividade do juiz, e o que é lógico para um pode não ser para outro magistrado.

Observe-se, no entanto, que a função social do contrato não é uma carta branca para o juiz revogar a legislação vigente, mas para *interpretá-la e integrá-la* em consonância com uma visão prospectiva do ordenamento jurídico.

O poder de rever o contrato quando contrariar os princípios da probidade e da boa-fé é uma atenuação, também no âmbito trabalhista, do *pacta sunt servanda* e uma valorização da *cláusula rebus sic stantibus,* nunca prescindindo da aplicação sistemática resultante do art. 8º da CLT, segundo o qual os princípios gerais do direito serão aplicados "na falta de disposições legais ou contratuais". Todavia (art. 2.035, parágrafo único), "nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos neste Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

§ 41. O problema da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador

Sumário: 1. A teoria contratualista. 2. A teoria anticontratualista. 3. Contrato e relação de emprego. 4. O vínculo entre empregado e empregador como relação jurídica do tipo contratual. 5. O vínculo entre empregado e empregador como *situação.* 6. O vínculo entre empregado e empregador como contrato *pessoal-organizacional*. 7. O problema da invalidade, nulidade, anulabilidade, proibições e seus efeitos. 8. Dirigismo contratual e decadência da autonomia da vontade. 9. O significado do princípio da liberdade de trabalho. 10. O princípio da continuidade dos contratos. 11. As técnicas de conservação do contrato. 12. Subcontratação. 13. Classificação dos contratos de trabalho no sentido amplo.

1. A teoria contratualista

Discussão das mais interessantes é a da determinação da natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador, consistente em situá-lo nas categorias jurídicas sob o prisma sistemático, consideradas as suas notas predominantes. Não há unanimidade de propostas, e as duas teorias são a *contratualista*, como o nome indica, reunindo as ideias que afirmam a natureza contratual, e a *anticontratualista*, que a nega.

Começaremos pela teoria contratualista.

No século XVIII os juristas encontraram dificuldades em classificar a nova figura que surgia no universo jurídico em decorrência do fenômeno socioeconômico que se expandia, o trabalho por conta alheia assalariado sob a forma de emprego. Forçavam a mão e faziam sub-

meter-se a nova espécie contratual aos tipos clássicos, usando para institutos diversos a mesma etiqueta[1]. Daí por que as primeiras tendências dos doutrinadores penderam para soluções fundadas no direito civil. É explicável essa maneira de resolver a questão porque durante séculos, desde o direito romano, as prestações de serviço foram contempladas dentro do marco institucional do contrato[2]. O poder da tradição obrigava escritores e mestres a manter a doutrina. Assim, a doutrina do direito civil e os professores de direito do trabalho em princípio não punham em dúvida que a relação de emprego fosse um contrato semelhante aos demais contratos encontrados no direito civil. Em consequência, as posições sustentadas na doutrina não fugiram dos esquemas técnicos jurídicos da época, sem maiores cogitações, e podem ser resumidas nas teorias do contrato de trabalho como: a) *arrendamento*; b) *compra e venda*; c) *sociedade*; d) *mandato*.

A mais antiga das teorias origina-se do direito romano, incluindo o contrato de trabalho entre as espécies de *locatio*. O contrato de trabalho nada mais seria do que uma simples manifestação do arrendamento, com as mesmas notas características deste. Alugava-se um homem ou a sua força de trabalho como quem aluga uma casa ou qualquer outra coisa[3].

O direito romano contribuiu decisivamente para que fosse admitida e se desenvolvesse essa concepção. Nos primeiros tempos de Roma só existia o trabalho dos escravos. Em função desse trabalho escravo os juristas romanos formularam outros conceitos derivados, como os de *operae servii, operae liberti, operae fabriles* etc.

Assim, como a estrutura jurídica da Roma antiga ao considerar o trabalhador como escravo o excluiu da possibilidade de figurar como sujeito de uma relação jurídica trabalhista, entendido que era como coisa, portanto um instrumento de trabalho, as subsequentes conceituações estavam condicionadas à ideia fundamental de uma *coisa arrendada*.

---

1. Evaristo de Moraes Filho, *Tratado elementar de direito do trabalho*, FB, 1965, p. 394.

2. Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, 1963, v. 1, p. 445.

3. Evaristo de Moraes Filho, *Tratado*, cit., p. 396.

Portanto, a natureza do contrato que se seguiu historicamente vinculou-se aos critérios do arrendamento de coisas e à sua luz foi fundamentado.

A Idade Média não alterou essa fisionomia, embora postergasse um tanto o direito romano. Falta uma história jurídica do contrato de trabalho nessa época. Não obstante é possível afirmar que a concepção do contrato de trabalho como arrendamento ultrapassou esse período, tanto assim que a codificação que se seguiu recolheu a tradição romanística e também assimilou o contrato de trabalho com o contrato de arrendamento. O Código de Napoleão regulou o contrato de trabalho no Título VIII do Livro III sob a rubrica "Do contrato de arrendamento". O art. 1.708 distingue duas espécies de contrato de arrendamento: o de coisas e o de obras, para definir este último no art. 1.710 como "o contrato pelo qual uma das partes obriga-se a fazer alguma coisa para outra mediante um preço convencionado entre elas". Segundo os doutrinadores da época[4], essa definição legal compreende o arrendamento de serviços no qual uma das partes põe o seu trabalho a serviço de outra (*locatio operarum*) e o arrendamento de obra no qual uma das partes se compromete diante da outra a executar um trabalho ou um empreendimento determinado.

Bonnecase[5] estuda o contrato no mesmo capítulo em que trata do arrendamento das coisas em geral.

Josserand[6] o faz imediatamente após o estudo do arrendamento de coisas.

Planiol[7] faz a seguinte afirmação: "Este contrato é um arrendamento, segundo o demonstra rápida análise: a coisa arrendada é a força de trabalho que reside em cada pessoa e que pode ser utilizada por outra como a de uma máquina ou a de um cavalo; dita força pode ser dada em arrendamento e é precisamente o que ocorre quando a remuneração do trabalho por meio do salário é proporcional ao tempo,

4. Guillouard, *Traité du louage*, t. 2, 1885.

5. *Précis de droit civil*, Paris, 1934.

6. *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1933.

7. *Traité élémentaire de droit civil*, 1907.

da mesma maneira que ocorre no arrendamento de coisa". García Oviedo[8] mantém a mesma orientação, entendendo que o contrato de trabalho nada mais é que o velho contrato de arrendamento, porém socializado com a intervenção do Poder Público para prevenir e reprimir as injustiças. De todas estas teses, a mais aceitável, a nosso juízo, é a que preferentemente vê no contrato de trabalho um contrato de arrendamento de serviços. Que outra coisa faz o operário, senão dispor em benefício de outrem de suas forças de trabalho? Barassi[9] também assimilou as duas figuras.

Uma das primeiras críticas contra a teoria partiu do jurista alemão Philipp Lotmar[10]: "No arrendamento, como na compra e venda, a coisa separa-se do arrendante ou vendedor, para ficar sob a posse do arrendatário ou comprador. No contrato de trabalho, ao contrário, o trabalho permanece unido intimamente à pessoa que desempenha o serviço e o único que se separa é o resultado ou efeito do trabalho. Ademais, a prestação do arrendante ou vendedor é sempre uma parte do seu patrimônio enquanto que no contrato de trabalho não se promete senão força pessoal, isto é, nada que pertença ao patrimônio. O trabalhador promete uma atividade, o que não é nunca o objeto da prestação do arrendante ou vendedor". Lotmar pretendeu dizer, como frisa Mario de la Cueva, que a essência do arrendamento está na concessão do uso ou gozo de uma coisa que não se destrói e que deve ser devolvida ao término do arrendamento, enquanto essa devolução não é possível no contrato de trabalho, porque a força de trabalho desenvolvida é consumida no ato mesmo da prestação de serviço. No mesmo sentido pronunciou-se José Martín Blanco[11]: "No arrendamento, em todas as suas formas em geral, seu fim imediato — o gozo ou utilização da coisa ou energia que constitui o seu objeto — é logrado mediante uma dupla conduta: conferindo a posse da coisa ou fonte de energia a quem há de utilizá-la, de um lado, e abstendo-se de outro, o cedente, de realizar atos que o possam impedir ou obstaculizar. No

8. *Tratado elemental de derecho social*, 1948.

9. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*.

10. Der Arbeitsvertrag, apud Mario de la Cueva, *Derecho del trabajo*, cit., p. 447.

11. *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957.

contrato de trabalho, ao contrário, o fim do contrato — a utilização da energia laboral — faz-se possível somente na medida em que o concedente empregue pessoalmente as próprias energias no sentido querido pelo que as utiliza. A obrigação do devedor do trabalho consiste em uma atividade positiva: em um *facere*; ao contrário, a obrigação no arrendamento por parte do concedente é do tipo negativo: consiste em uma abstenção ou *non facere*". Walker Linares[12] afirma também que não é possível assimilar o contrato de trabalho a um arrendamento. Seria o mesmo que comparar a situação do trabalhador com a do arrendante, porque proporciona trabalho, e a do empregador com a do arrendatário, porque paga salário, o que repugna, já que no contrato de trabalho está em jogo "a pessoa mesma do trabalhador cuja força de trabalho se entrega ao outro contratante; dentro dos conceitos humanos e morais, tal contrato não pode ser assimilado ao de arrendamento das coisas inanimadas. O contrato de trabalho é um contrato especialíssimo, muito mais importante que o de arrendamento, de uma individualidade única, no qual devem ser considerados fatores morais, já que se trata de toda a atividade de um ser humano posta a serviço de outro".

A concepção do trabalho como mercadoria sujeita à lei da oferta e da procura e do salário como preço dessa mercadoria, apregoada pelo liberalismo econômico do século XVIII, provocou, na doutrina jurídica, o entendimento, hoje superado, de que o contrato de trabalho tem a natureza jurídica de *compra e venda*.

O empregado vende o seu trabalho e, por essa transação, recebe um preço, que é a sua remuneração.

No entanto, a rigor, mesmo antes desse período, no direito romano, é possível encontrar essa assimilação entre esses dois contratos, como mostra Pothier, e também depois, com a reação contra o liberalismo empreendida pelo marxismo, o contrato de trabalho nada mais é que a alienação do trabalhador para o capitalista com a cessão dos seus direitos originários sobre o produto integral do trabalho, característica da atividade artesanal, modificada pelo regime do salário.

12. *Derecho del trabajo*, Chile, 1936.

Não são poucos os juristas, das mais diversas orientações, que se põem nessa linha de pensamento, entre os quais é possível incluir, além de Pothier[13], Troplong[14], Laurent[15], Marcade[16], Baudry e Kahl[17], Chatelain[18], Bureau[19], Carnelutti[20], Pantaleoni[21] etc.

Segundo Paul Bureau, "sob qualquer ponto de vista em que se coloque o trabalho do operário aparece como uma mercadoria, e esta palavra que tanto choca os ouvidos é evidentemente a única que responde à realidade das coisas. Como as outras mercadorias, o trabalho será suscetível de venda e de compra, e o contrato de trabalho pode ser definido, sob a reserva de uma adição ulterior: um contrato pelo qual uma pessoa chamada empregador compra a uma outra chamada empregado, mediante preço determinado, o esforço muscular e intelectual necessário para o desempenho de uma tarefa precisa e nitidamente determinada"[22].

Carnelutti deu nova conotação à mesma tese, intentando assimilar a prestação de trabalho e a de energia elétrica, ambas constituindo-se em forças que podem ser objeto de compra e venda. Assim, o objeto do contrato de trabalho seria a energia psicofísica do trabalhador, que dele se desprende com o exercício da atividade, não retornando, como a energia elétrica, à fonte de que emanou. Ora, a energia humana é coisa, enquanto objeto, isolando-se da pessoa que a produz. Procura Carnelutti, como é visível, evitar, com tal construção teórica, a identificação entre o trabalhador e o seu respectivo trabalho, reagindo contra a teoria do contrato de trabalho como arrendamento na qual, confundindo-se o homem e o trabalho do homem, segue-se, como consequência, a locação do próprio ser humano, o que é inadmissível. Diz

13. *Du louage*, n. 394, p. 269.
14. *Du louage*, t. 2, ns. 962 a 968.
15. *Principes de droit civil français*, 1877, t. 26, n. 5.
16. *Explication théorique et practique du Code Civil*, 1842-1852, t. 4.
17. *Du louage*, t. 2, n. 772.
18. *De la nature de contrat entre ouvriers et entrepreneurs*, 1902.
19. *Scritti vari di economia*, 1904.
20. *Studi sulle energie como oggetto di rapporti giuridici*, 1913.
21. *Scritti vari di economia*, 1904.
22. *Le contrat de travail*, Paris, 1902, p. 105.

Carnelutti: "Afirmar que o trabalhador conserva sua força e seu objeto de trabalho e que só concede o gozo, é confundir a energia com a sua fonte; o que fica com o trabalhador é a fonte da sua energia, isto é, o seu corpo mesmo; a energia, não obstante, sai dele e não volta mais". ..."O *dar* consta de dois elementos: a prestação e seu objeto, e o mesmo ocorre com o *fazer*, só que, por defeito de análise, de ordinário são confundidos, por absorver-se o objeto da prestação. O vendedor, quando *dá*, apresta-se a *fazer*, pois deixa que a coisa seja tomada pelo comprador; da mesma maneira, o trabalhador quando *faz* dispõe-se a deixar que a sua energia seja utilizada pelo patrão. Ainda aqui, uma é a prestação e outro seu objeto e se este — o objeto — não é o homem, não pode ser senão uma coisa." E acrescenta: "E não se diga que por sua origem humana não pode ser vista — a energia humana — como uma coisa, porque coisas são os cabelos que se vendem a um cabeleireiro ou os esqueletos que se colocam nos museus". Apesar dessas afirmações, Carnelutti, em estudo posterior[23], modificou o seu ponto de vista, escrevendo: "Com satisfação tenho visto que se começa a compreender que o objeto do contrato de trabalho e dos direitos que dele derivam para o patrão não é senão aquele mesmo homem que é normalmente o outro sujeito do contrato". Tal concepção, deslocando o objeto do contrato de trabalho da energia fornecida pelo trabalhador para o próprio trabalhador, deve ser entendida não como um retorno às antigas concepções civilísticas do arrendamento e da locação do ser humano, mas como uma nova colocação ulteriormente desenvolvida pelos pensadores que atribuem ao contrato de trabalho uma natureza especial e *sui generis*. Não poderia ser de outro modo porque na verdade o trabalhador não cede a sua energia ao empregador, limitando-se a se colocar à sua disposição, para fornecer ou não a energia de trabalho segundo as necessidades, as quais serão ou não utilizadas pelo patrão. O que o empregador contrata, frisa Cabanellas[24], é o trabalho, conceito distinto do de energia. A energia elétrica é adquirida segundo as unidades que se deseja comprar, o trabalho é contratado sem essa contraprestatividade rigorosa, tanto assim que mesmo sem a prestação de trabalho o empregado é remunerado, como nos repousos diários, semanais e anuais.

---

23. *Teoria geral de direito*, trad. de A. R. Queirós e A. A. de Castro, Coimbra, 1942.

24. *Compendio de derecho laboral*, Omeba, 1968, v. 1, p. 333.

A teoria do contrato de trabalho como compra e venda recebeu, a exemplo da tese de Carnelutti, crítica de Laval[25], Planiol e Ripert[26], Milani[27], Greco[28], Barassi[29], D'Eufemia[30], Molitor[31], Sinzheimer[32], Riva Sanseverino[33], Ardau[34], Botija[35], Adolpho Lima[36], Paul Durand[37], Langlois[38], Martín Blanco[39], Dorval Lacerda[40], Evaristo de Moraes Filho[41] etc.

Sustentam os autores, no que têm razão, que o fundamento sobre o qual se sustenta a teoria do contrato de trabalho, como compra e venda, não resiste a uma crítica, à luz do progresso social dos nossos dias. Com efeito, o entendimento do trabalho como mercadoria é o grande argumento que inspirou tal concepção. No entanto, o trabalho não é mercadoria, como mostram os pensadores mais autorizados.

Como mostra Adolpho Lima[42], o trabalho não é mercadoria porque esta é o produto daquele. O trabalho, que é a causa primária de todas as mercadorias, não pode ser tido como idêntico ao seu produto. É uma atividade potencial, capaz de produzir por si própria. Materializa-se no objeto que produz ou transforma. Não é, porém, suscetível de se materializar por si próprio.

---

25. *Étude sur la nature juridique du contrat individuel de travail*.

26. *Tratado práctico de derecho civil*, 1946, t. 11.

27. Contributto alla teoria, in *Il diritto del lavoro*, 1938.

28. *Il contratto di lavoro*, 1939.

29. *Il contratto di lavoro*, cit., v. 1, ns. 176 e s.

30. Nozioni generali sui contratto individuale di lavoro, in *Trattato de Borsi e Pergolesi*, 1939.

31. *Das Wesen*, p. 9.

32. *Grundzuge*, p. 8.

33. Il contratto individuale di lavoro, in *Diritto del lavoro*, Padova, 1949.

34. *Corso di diritto del lavoro*, 1947.

35. *Contrato de trabajo y derecho público*, 1944.

36. *O contrato de trabalho*, Lisboa, 1909.

37. *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1950, v. 2.

38. *Le contrat du travail*, Paris, 1907.

39. *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957.

40. *O contrato individual de trabalho*, Saraiva, 1939.

41. *Tratado elementar de direito do trabalho*, Freitas Bastos, 1965.

42. *O contrato de trabalho*, cit., p. 144.

O trabalho não é considerado mercadoria também por uma razão de ordem filosófica, qual seja, a da sua dignidade. A filosofia moderna é uma filosofia da atividade e tende a definir o homem como um ser que, pela sua criatividade, objetiva a cultura na natureza. A ideia particular do trabalho passa a ser confundida com a do espírito concebido como atividade produtora. Trabalho, homem e espírito, portanto, se identificam, o que exclui qualquer possibilidade de entendimento do trabalho como mercadoria, já que passa a ser entendido como inerente à personalidade do ser humano. Pelo trabalho o homem se harmoniza com a natureza, transmitindo-lhe o sopro da sua inteligência. O trabalho é um criador, como também um fator de humanização do homem, um dos valores que a sociedade reconhece como fundamentais.

O contrato de trabalho, para alguns autores, não seria mais que uma forma de *associação* na qual uma unidade de interesses e de esforços vincularia trabalhadores e empregador.

Entre os pensadores que seguem essa orientação encontram-se Chatelain[43], Canalejas[44], Valverde[45], Lyon-Caen[46], Hinojosa[47], Villey etc.

Invocam, para assimilar as duas figuras, o fim comum que move a atividade do empregador e dos trabalhadores, a produção de riquezas. Assim, para Villey o contrato de trabalho é a sociedade que tem por objeto a produção de riqueza e na qual o sócio empresário abona ao sócio trabalhador uma soma, paga em época determinada, em troca do abandono, pelo trabalhador, do produto do seu trabalho. A atividade comum dos interessados estaria evidenciada, como frisa Chatelain, pela "união, combinação de atividades de todo o gênero, inteligência, ciência, força, habilidade, técnica, tal é a empresa industrial, coordenação e subordinação de atos simultâneos e sucessivos de todos, a fim de conseguir o melhor rendimento, disciplina tendente a manter essa coordenação e esta subordinação necessária para o resultado da obra

43. *De la nature du contrat entre ouvriers et entrepreneurs*, Paris, 1902.

44. *Discurso preliminar à obra de Buylla, Possada e Morote*, El Instituto del Trabajo, Madrid, 1902.

45. *Derecho civil español*, 4. ed., 1937, t. 3, p. 671.

46. *Traité de droit commercial*, 1900, t. 2.

47. *El contrato de trabajo*, 1932, p. 7.

comum; tal é o aspecto que oferece ao observador uma indústria"[48]. Acrescenta Chatelain que outro requisito identificador dos dois contratos é o fim lucrativo, resultante das operações comuns. Nesta parte, forçando os conceitos, Chatelain entende que o termo *benefício* deve ter um sentido amplo, incluindo os benefícios do empregador e os benefícios do empregado (salário). O salário, portanto, não seria um preço qualquer que se paga ao trabalhador em troca dos seus serviços, mas uma verdadeira parte do produto e produção. Assim, "em lugar de sua parte no preço incerto com o qual o produto será vendido, os trabalhadores preferem uma parte menor, mas fixa e garantida"[49].

Para Lyon-Caen e Renault, o contrato de trabalho assemelha-se ao de sociedade, em face da evidente união de capital e trabalho. Aquele que não tem mais que o seu trabalho pode associar-se a uma pessoa que o tenha, como ocorre no contrato de sociedade.

Pode ser validamente admitido que entre empregado e empregador haja um contrato de sociedade?

São muitos os juristas que respondem negativamente, entre os quais Planiol[50], Baudry e Kahl[51], Geny[52], Bodeaux[53], Laval[54], Milani[55], Pergolesi[56], Barassi[57], Greco[58], Ardau[59], Molitor[60], Sinzheimer[61], Pérez Botija[62], Pérez Patón[63], Martín Blanco[64] etc.

---

48. *De la nature*, cit., p. 14.
49. *De la nature*, cit., t. 2, n. 1827.
50. *Traité élémentaire de droit civil*, 1946, t. 2, n. 1827.
51. *Du louage*, t. 2, n. 1650.
52. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1902, p. 340.
53. *Études sur le contrat*, cit., p. 18.
54. *Étude*, cit., p. 128.
55. *Contributto alla teoria*, cit.
56. *Trattato di diritto del lavoro*, v. 1.
57. *Il contratto di lavoro*, v. 1, p. 127.
58. *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939.
59. *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1947.
60. *Das Wesen der Arbeitsvertrages*, Leipzig, 1925.
61. *Grundzuge des Arbeitsrechts*, 1927.
62. Contrato de trabajo y derecho público, in *Rev. Geral de Leg. y Jurisprudencia*, 1944.
63. *Principios de derecho social y legislación del trabajo*, La Paz, 1946.
64. *El contrato de trabajo*, cit.

Um breve resumo das razões que os levam a essa crítica é o que passamos a fazer.

Na sociedade, todos os seus sujeitos devem receber *lucros*, vedada a sociedade leonina; no contrato de trabalho, um dos sujeitos, o trabalhador, não é beneficiado com os lucros, mas apenas com salário. Na sociedade, os sócios participam da formação da vontade social; no contrato de trabalho a regra geral é a formação unilateral da vontade e do poder empresarial, emanando somente do empregador e excepcionalmente do empregador e do empregado (cogestão). Na sociedade todos os seus sujeitos suportam os riscos da atividade que exercem; no contrato de trabalho, sobre os empregados não recaem os prejuízos do empreendimento econômico, a não ser remotamente e por condição especial prevista em lei, como nos casos de força maior etc. Entre os sujeitos da sociedade há uma posição de igualdade, quando entre os sujeitos do contrato de trabalho há uma relação de subordinação, porque o empregado está sob a dependência do empregador, portanto ambos acham-se em plano de desigualdade e não de igualdade. Na sociedade, o *animus* que vivifica a atuação dos sujeitos é a *affectio societatis* quando no contrato de trabalho o *animus contrahendi* é o da prestação de serviços subordinados a serem aproveitados por alguém. No relacionamento entre empregado e empregador há uma posição jurídica de credor e devedor, enquanto os sócios de uma sociedade não são, entre si, credores e devedores, mas todos os sócios são credores ou devedores conjuntos da sociedade. No contrato de trabalho, os empregados cedem ao empregador a parte que lhes corresponde sobre o produto em troca de um salário; na sociedade, nada cedem em face da sua atividade societária, apenas auferem os lucros como remuneração do capital. Os trabalhadores recebem uma quantia fixa, via de regra, quando os sócios percebem quantias variáveis e às vezes nada percebem, segundo o movimento da sociedade.

Chatelain insiste em afirmar que o empregado também participa dos riscos da atividade econômica, a exemplo dos sócios, porque nada recebe nas suspensões dos contratos de trabalho, nas reduções gerais de salários etc. Note-se, no entanto, que essas situações são anormais e não pertencem à estrutura natural do contrato de trabalho, nele aparecendo só excepcionalmente. Nas sociedades, esses acontecimentos são normais e se apresentam rotineiramente, como parte essencial do negócio.

A participação dos empregados nos lucros das empresas transforma o contrato de trabalho em contrato de sociedade?

Os juristas respondem que não.

Para Laval[65] *a participação nas perdas* é essencial à sociedade. Essa participação nas perdas não existe no contrato de trabalho, ainda que com a participação do trabalhador nos lucros. Também Barassi[66] apresenta a mesma argumentação, ressaltando que o trabalhador não participando das perdas sociais, conquanto participe dos lucros, não deixa de ser um empregado. Para Cabanellas[67], "sem negar que o sistema fomente uma colaboração maior do trabalhador e do empregador, se está diante de uma modalidade de salário que de fixo passa a variável, muito embora garantido um mínimo pelas convenções coletivas ou disposições legais. Por conseguinte, esse regime configura um meio de pagamento assimilável ao salário diferido e constitui uma forma de integrar o salário no contrato de trabalho. Por último, em uma consideração de índole obrigacional, de convenção como remuneração única, a participação nos lucros sem a garantia sequer de um salário mínimo, é preciso verificar se há outros vestígios de vínculo trabalhista ou se tal pacto configura uma distinta categoria jurídica. Realmente, para um autêntico trabalhador, sob o ponto de vista da contratação, a participação nos lucros não pode ser retribuição única, pois exige um mínimo estável que assegure a subsistência". Segundo Bry[68] "este modo de remuneração não suprime o regime do salário. A participação nas utilidades completa-se ao salário como um sobressalário". Para Marcel Planiol[69] "o sistema da participação nas utilidades não modifica a natureza do contrato. A participação que a cada trabalhador corresponde nas utilidades é um suplemento do salário, é variável e é sempre acessória com relação ao salário. Este é um elemento principal da remuneração, a parte que deverá ser paga em todos os casos". Também García Oviedo[70] mostra que "nesse regime, o trabalhador percebe, como

65. *Étude*, cit., p. 129.

66. *Il contratto di lavoro*.

67. *Compendio de derecho laboral*, Omeba, 1968, p. 618.

68. *Les lois du travail industriel*.

69. *Traité élémentaire de droit civil*.

70. *Tratado elemental de derecho social*.

nos contratos de trabalho ordinário, um salário, mas o patrão agrega a esta remuneração outra: a que resulta da participação do trabalhador nas utilidades da empresa. É, pois, esta participação, um suplemento de salário".

A forma de retribuição do trabalho não pode determinar a natureza do contrato. Assim, a participação nos lucros, considerada exclusivamente, não oferece elementos decisivos para caracterizar o tipo de contrato. Pode haver um contrato de trabalho, como realmente ocorre, com participação nos lucros. Isso se dá em virtude da presença dos demais elementos que identificam o contrato de trabalho, em especial a subordinação do empregado. Porém, a participação nos lucros é, na verdade, uma figura que se interpõe entre o contrato de trabalho e o de sociedade. Nasceu para suavizar as asperezas do regime do salário, como preconiza a doutrina social católica. Com efeito, Pio XI, na Encíclica *Quadragesimo Anno*, frisa: "Atendidas as condições modernas da associação humana, seria mais oportuno que o contrato de trabalho se suavizasse o quanto possível por meio do contrato de sociedade, como já se começou a fazer por diversas formas, com proveito não escasso dos trabalhadores e também dos patrões. Dessa maneira, os trabalhadores têm sua parte na propriedade, ou na administração, ou de alguma maneira participam dos lucros obtidos".

As previsões de uma evolução do salariado para a sociedade, além de consonantes com os melhores valores e de reveladas pela experiência da participação nos lucros, encontram outras formas de expressão nas figuras da cogestão da empresa e do acionariado do obreiro.

A cogestão da empresa, forma de participação dos trabalhadores nas decisões e na formação do poder do grupo econômico-social, também não transforma, no estágio atual, o contrato de trabalho em sociedade. Do mesmo modo, o acionariado — distribuição de ações aos empregados. Isto porque em ambas as situações os empregados não suportam os prejuízos da atividade empresarial e, a rigor, não participam dos lucros nos mesmos moldes dos sócios. O fato de os trabalhadores deliberarem sobre alguns assuntos da vida da empresa e a circunstância de receberem algumas ações da empresa em que trabalham não modificam a sua condição de trabalhador subordinado, em posição de desigualdade perante o empregador e capitalista. Significam, toda-

via, tendência de evolução de uma estrutura jurídico-econômica, a do contrato de trabalho, para outra cujos contornos não podem ser, no atual estágio da história, precisamente delimitados.

O contrato de sociedade de capital e indústria é identificável ao contrato de trabalho?

Diz Mario de la Cueva[71]: "Parece-nos que, independentemente do intercâmbio de prestações, o critério da subordinação separa nitidamente as duas figuras jurídicas: suponhamos que ao constituir-se a sociedade, um dos sócios é o capitalista e outro é o industrial; se por virtude do pacto social, ambos os sócios têm os mesmos direitos e se a administração e direção da sociedade devem decidir-se tanto pelo sócio industrial como pelos dois sócios, de comum acordo, estaremos em presença de um autêntico contrato de sociedade. Mas se, ao contrário, a atividade do chamado sócio industrial está subordinada ao sócio capitalista, teremos um contrato de trabalho e só aparentemente um contrato de sociedade".

A subordinação definirá as duas situações que são, por natureza, distintas e inconfundíveis. Mas também a formalização do contrato social é indispensável para que sua validade seja admitida. Assim, sem um contrato de sociedade de capital e indústria registrado nos órgãos competentes, impossível será o reconhecimento da existência desse tipo negocial.

A doutrina do contrato de trabalho como *mandato* encontra as suas primeiras manifestações no direito romano, que assimilava o mandato retribuído com o arrendamento de serviços; desenvolveu-se, numa fase posterior, na França, e foi acolhida pelo legislador mexicano de 1870.

Os juristas a ela chegaram por exclusão decorrente da necessária crítica formulada contra a tese do contrato de trabalho como arrendamento e para encontrar novas explicações menos comprometedoras. Assim, raciocinaram que como no arrendamento há um preço e como no contrato de trabalho não há que se falar em preço mas sim em salário, a relação jurídica trabalhista revestia-se das características de

71. *Derecho mexicano del trabajo*, cit.

mandato. Afirmou Troplong[72] que "o preço é de tal forma essencial ao arrendamento de obra que seu defeito ou falta faria passar o contrato para a espécie mandato". No mesmo sentido manifestaram-se Duranton[73] e Marcade[74].

O mandato não pode, contudo, servir como fundamento do contrato de trabalho.

O mandato é naturalmente gratuito, enquanto o contrato de trabalho é oneroso. Normalmente, o contrato de trabalho não leva a ideia de representação, enquanto no mandato a representação é elemento essencial. O mandato objetiva um resultado jurídico, a criação direta de um direito em favor do mandante por meio do mandatário; ao contrário, no contrato de trabalho o fim perseguido é a realização de uma atividade destinada à obtenção de um resultado intelectual ou material. No mandato, a relação jurídica entre os sujeitos é tríplice: mandante, mandatário e terceira pessoa; no contrato de trabalho, é dúplice: empregador e empregado. No mandato há a substituição do mandante pelo mandatário no exercício da atividade; no contrato de trabalho não há a substituição do empregador pelo empregado, salvo nos cargos de confiança.

Repita-se, portanto, que o mandato é essencialmente um contrato de representação, destinado a permitir que uma pessoa venha a cumprir um ou vários atos jurídicos por conta de outra, quando no contrato de trabalho o empregado não é representante do empregador para agir em seu nome, salvo situações especiais. Não se duvida que o mandatário exerça um trabalho ou uma atividade, como também o faz o empregado, em benefício de outrem. Porém, nem sempre o mandato é remunerado, quando o salário é essencial à configuração do contrato de trabalho. Mesmo que remunerado, o mandato é sempre um contrato que pressupõe a outorga de poderes para agir com deliberações próprias e para fins específicos. Não é essa a característica do contrato de trabalho, no qual o empregado cede o seu trabalho para utilização do empregador na obtenção de um fim inespecífico. Veja-se, também, que

72. *Traité de l'échange et du louage*, 1859, t. 5.

73. *Cours du droit civil*, 1834, t. 17.

74. *Explication théorique et practique du Code Civil*, 1842-1852, t. 6.

o mandato é sempre revogável e o contrato de trabalho nem sempre é rescindível *ad nutum*, como no caso dos empregados estáveis, e quando o é impõe ao empregador deveres indenizatórios. No mandato não há subordinação pessoal, a menos que se entenda como tal o dever de agir nos limites dos poderes conferidos, quando no contrato de trabalho há subordinação, como requisito básico da sua configuração.

A jurisprudência repele a identificação das duas figuras. É o que ocorre na Espanha, na Itália[75] e no Brasil também.

2. A teoria anticontratualista

Ao movimento de ideias que procura fundamentar a relação jurídica trabalhista fora dos quadros do direito civil e das teorias contratuais dá-se o nome de anticontratualismo. Esta nova atitude dos juristas não é um epifenômeno, mas sim um efeito das modificações maiores pelas quais o pensamento humano passou com as reações que se seguiram ao liberalismo filosófico e às condições de trabalho por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII.

As suas fontes são encontradas no intervencionismo estatal, que modificou a estrutura política, na proscrição da economia liberal e das suas concepções de trabalho como mercadoria e salário como preço, na denominada decadência da soberania do contrato, a que se refere Morin, com todas as consequências e implicações dela resultantes.

Gradativamente, a determinação das condições de trabalho, que no liberalismo resultava unicamente da vontade das partes, passou a subordinar-se às convenções coletivas, às leis e aos regulamentos. Para fazer justiça nos casos concretos, surgiu a necessidade de pronunciamentos jurisdicionais considerando a validez do contrato como desnecessária em alguns casos para a aplicação das "leis operárias", como nos casos de incapacidade e de nulidade. A vontade, como condição básica dos ajustes jurídicos dos particulares, nem sempre foi reconhecida como necessária e, mais ainda, existente, na constituição da relação jurídica entre empregado e empregador, bastando a prática, no mundo físico e real, de atos de emprego de alguém em benefício de

75. In Martín Blanco, *El contrato de trabajo*, Madrid, 1957, p. 69.

outrem para que todas as responsabilidades previstas nas normas jurídicas passassem a recair sobre este último e todos os direitos assegurados ao primeiro. De outro lado, entendeu-se que o direito das obrigações, cujo fim é a regulamentação das transferências patrimoniais, não se prestava para reger uma relação jurídica na qual a própria pessoa e não uma coisa era o seu vértice. Não se desprezou, também, a ideia de um trabalho imposto autoritariamente, portanto sem o consentimento da vontade, nem por isso marginalizado da proteção do direito. Novas soluções se impunham, daí as teorias que, formuladas principalmente na Alemanha e na França, passaram a dar outras explicações para determinar a natureza do vínculo entre empregado e empregador e que passam a ser enumeradas.

As duas fundamentais manifestações representativas desse pensamento são as *teorias da relação de trabalho* e o *institucionalismo*.

A *teoria da relação de trabalho* ou da relação de emprego reúne os pensadores que, em maior ou menor escala, negam a importância da vontade na constituição e no desenvolvimento do contrato de trabalho, daí o propósito de evitar a palavra "contrato", vinculada que está ao ajuste ou pacto estabelecido entre duas pessoas. Preferem entender que a prática de atos de emprego verificada no mundo físico e natural é a fonte da qual resultam todos os efeitos previstos na ordem jurídica e que recairão imperativamente sobre os sujeitos empregados. Daí substituírem a ideia de *convenção* ou *acordo* pela de *inserção, engajamento* ou *ocupação de trabalhador pela empresa*, querendo com isso expressar que não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista. Seguem-se entre contrato de trabalho e relação de emprego as mesmas diferenças existentes entre subjetivismo e objetivismo, idealismo e concreção, ato e fato jurídico, pensamento e ação etc. Ainda que se pretenda negar, a teoria da relação de trabalho é explicável também sob o ângulo do positivismo sociológico. O fato social, aquilo que é a realidade do mundo exterior, é o seu aspecto fundamental, abstraído dos aspectos subjetivos da vontade humana.

A sua elaboração recebeu muitas contribuições, entre as quais as de Potthoff, Molitor, Nikisch, Wolfgang Siebert, Lotmar, Kaskel, Sinz-

heimer, Georges Scelle, Angelelli, Deveali, Messineo, Alfonso Madrid, Mario de la Cueva, Francisco de Ferrari etc.

Que é relação de trabalho?

Para Potthoff[76] é uma relação de organização jurídico-social na qual não há troca de bens ou valores patrimoniais, mas sim um homem comprometendo-se a si próprio, daí enquadrar-se o direito do trabalho ao lado não do direito das obrigações, mas do direito de família. Molitor[77] a entende como simples relação de ocupação, duradoura e permanente, de origem não contratual, não enquadrável no direito obrigacional como simples processo de fato que é, para o qual a coincidência da vontade dos participantes não é decisiva.

Segundo Wolfgang Siebert[78] é uma relação entre um membro jurídico pessoal e a comunidade de exploração, fundamentada pela sua incorporação ou inclusão nessa comunidade, pressupondo, todavia, certo acordo de vontades sem força suficiente para transformá-la em contrato. Nessa comunidade não existe uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados, mas somente *uma* relação de trabalho com essência unitária sem separações ou dicotomias de efeitos.

No entendimento de Nikisch[79] a relação de trabalho não é necessariamente uma relação contratual, já que em alguns casos, nos quais tem origem como um contrato, não adquire substantividade senão com a recepção do trabalhador na empresa.

Sustenta Messineo[80] que uma relação jurídica criadora de obrigações pode nascer independentemente da existência de um contrato, e este é o caso da relação de trabalho.

Para Mario de la Cueva[81] é o conjunto de direitos e obrigações que derivam para os trabalhadores e patrões do simples fato da prestação de serviços.

---

76. *Arbeitsrecht*, 1928.

77. *Arbeitsnehmer und Betrieb*, 1929.

78. *Das Arbeitverhältniss in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburgo, 1935, p. 19.

79. *Arbeitsrecht*, 1951.

80. *Dottrina generale del contratto*.

81. *Derecho mexicano del trabajo*, Porrúa, 1963.

Para Georges Scelle[82] é "l'embauchage" ou o alistamento do trabalhador nos quadros da empresa, com sempre maiores restrições da autonomia da vontade, o ato condição que qualifica o assalariado.

Enfim, pisar os pés no estabelecimento e começar a prestação efetiva dos serviços é o quanto basta. Frise-se que, notando a inviabilidade de raciocínio tão simplista, alguns autores relacionistas procuram admitir uma dose de concurso da vontade.

Daí por que frisa Mario de la Cueva que "a concorrência da vontade do trabalhador é necessária para a relação de trabalho, porque ninguém poderá ser obrigado a prestar trabalhos pessoais sem o seu pleno consentimento".

O *institucionalismo*, também anticontratualista, é um movimento de ideias desenvolvido na França e que tem como suas maiores expressões Maurice Hauriou[83], Georges Renard[84] e Delos.

Que é uma instituição?

Para Hauriou é uma ideia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social. Para a realização dessa ideia, um poder se organiza. De outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização dessa ideia, têm lugar manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por um procedimento.

Dessarte, surge uma instituição toda vez que uma ideia diretora se impõe objetivamente a um grupo de homens, e as atividades reciprocamente se autolimitam segundo regras sociais indispensáveis à consecução do fim em cuja função a autoridade do todo se constitui e se exerce[85]. Toda instituição é uma formação natural, um produto de atividades coordenadas em virtude do fim que todas procuram alcançar. A instituição se estabelece pela harmonia ou correspondência de fatores subjetivos e objetivos, uma vez que resulta tanto da ideia objetiva a realizar como do consentimento de todos relativamente à comunhão, elementos esses que se sintetizam ou se integram na regra social garantida pelo poder inerente ao corpo social[86].

---

82. *Le droit ouvrier*.
83. *La théorie de l'institution et de la fondation*, 1925.
84. *La théorie de l'institution*, 1930.
85. Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p. 262.
86. Reale, *Teoria*, cit., p. 262.

A instituição, como explicita Recaséns Siches[87], "é uma ideia prática que se objetiva e vem determinada pela participação dos seus membros nessa mesma ideia de empresa; pela comunhão em tal ideia. Tal comunhão produz um equilíbrio de forças internas; origina a atuação segundo alguns procedimentos objetivos; e engendra uma estrutura organizada. A realização e a duração da instituição não dependem da vontade subjetiva de alguns indivíduos determinados. A instituição é objetiva e se produz por um sistema espontâneo de equilíbrios objetivos, que se põem ao serviço da ideia e conduzem por si mesmos a uma situação de direito. As instituições representam, no direito, a categoria da *duração*, da *continuidade* e da *realidade*".

De que modo a instituição fundamenta a relação jurídica trabalhista?

Recaséns Siches ensina o seguinte: "A instituição pertence ao direito sob dois pontos de vista: primeiro, porque a transformação das situações de fato em situações de direito se produz nela e por ela; segundo, porque é a fonte de direito; e, ademais, pelo que se refere à instituição-grupo, é a fonte de um direito autônomo interno (estatutário, corporativo ou institucional)".

Entende Recaséns Siches que o institucionalismo de Hauriou está fundado sobre um realismo espiritualista que quer superar a oposição entre o sociologismo e o normativismo.

Permite, portanto, o institucionalismo, a transubstanciação de um estado de fato — a relação de trabalho — em um estado de direito — o contrato de trabalho.

Porém, não são assimiláveis os conceitos de contrato e instituição.

Para o jusnaturalista-institucionalista Renard, existem atividades jurídicas irredutíveis às manifestações do direito individual, como também ao contrato e aos mandatos do Estado: as instituições e fundações. A instituição é, para Renard, o corpo, a realidade, o ser produzido por uma comunhão em uma ideia. A instituição é uma ideia dotada de vias e meios próprios pelos quais se estabelece, realiza-se e

87. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, 1963.

perpetua-se, tomando corpo e existência objetiva. Não se confunde com contrato, cujo critério é o da igualdade. Um contrato serve aos propósitos meramente subjetivos de dois ou mais indivíduos. O critério da instituição é, ao contrário, a ideia de autoridade, implicando diferenciação, desigualdade, autoridade e hierarquia. Exige subordinação do propósito individual às aspirações coletivas da instituição. Os direitos subjetivos típicos no direito dos contratos são desconhecidos para o direito institucional[88].

Assim, aplicado ao direito do trabalho, o institucionalismo procura dar explicação à empresa como instituição, uma ideia-ação reunindo, por uma razão imanente ao grupo, empregado e empregador. O pressuposto dessa união não está na autonomia da vontade contratual, porque à obra a que se propõe a empresa, perpetuada e durável, aderem os membros desse organismo social, surgindo uma relação entre o indivíduo e um estado social objetivo no qual o indivíduo está incluído.

O empregado, à luz do institucionalismo, submete-se a uma situação fundamentalmente estatutária, sujeitando-se às condições de trabalho previamente estabelecidas por um complexo normativo constituído pelas convenções coletivas, pelos regulamentos das empresas etc. Ao ingressar na empresa nada cria ou constitui, apenas se sujeita.

Paul Durand, um dos intérpretes dessa filosofia no direito do trabalho, entende, no entanto, que "entre a instituição e o contrato não há oposição. O estabelecimento patronal é provido de um estatuto imperativo. Não pode funcionar senão segundo certas regras: umas emanam do Estado (como as da regulamentação do trabalho), outras (como as do direito de direção e do poder disciplinar), que lhe são impostas por uma necessidade de organização interna. Estas normas determinam as condições de funcionamento do estabelecimento. Este direito da instituição é independente do direito do contrato, que lhe é, em certo sentido, anterior. A regulamentação do trabalho impõe-se ao chefe da empresa antes mesmo que empregue efetivamente pessoal. Depois, desde que um estabelecimento é aberto, as disposições sobre a duração do trabalho, sobre a higiene das oficinas, sobre a segurança social aí se aplicam, e a formação de uma nova relação individual de trabalho não modifica o estatuto preexistente do estabelecimento. Vê-

88. Edgard Bodenheimer, *Teoría del derecho*, trad., 1964.

-se melhor então o papel do contrato: faz entrar o trabalhador na sociedade profissional; determina a aplicação individual de uma situação institucional; precisa a duração de pertinência no estabelecimento; completa as regras resultantes do direito da instituição"[89].

3. Contrato e relação de emprego

Vimos que surgiram duas diferentes interpretações sobre a natureza do vínculo entre empregado e empregador, uma afirmando, outra negando a sua contratualidade. Para alguns se trata de um contrato. Para outros, de relação de emprego.

Cabe agora indagar: contrato e relação de emprego são uma só ou duas figuras diferentes?

Não há uma separação, uma autonomia absoluta entre contrato e relação de emprego, como se fossem duas realidades distintas no plano jurídico, nem a doutrina alemã relacionista pode servir de base para tal conclusão. Nela a empresa é uma comunidade de trabalho que enfeixa uma só relação, unitariamente considerada, entre o empregador e os empregados, um *todo* a serviço do nacional-socialismo.

Para alguns, como Mario de la Cueva, o contrato é o acordo de vontades, e a relação de emprego é o conjunto de direitos e obrigações que se desenvolvem na dinâmica do vínculo, daí usar a expressão *contrato-realidade*. Nesse caso, o contrato é a fonte da qual a relação de emprego é o efeito que se consubstancia com a prestação material dos serviços no complexo de direitos e deveres dele emergente mas de outras fontes também, posição que Evaristo de Moraes também defende por entender que o contrato é o pressuposto da relação, embora critique a palavra contrato-realidade[90].

Cotrim Neto[91] sustenta que "ao conjunto de atos executivos do contrato de emprego e originadores de direitos nitidamente patrimoniais é que se pode denominar relação de emprego". Não se afasta das co-

89. A. Rouast e P. Durand, *Précis de législation industrielle*, Paris, 1948; P. Durand e R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Paris, 1947, v. 1, p. 415 e s.

90. *Introdução ao direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1978, p. 252.

91. *Contrato e relação de emprego*, São Paulo, Max Limonad, 1944, p. 20.

locações anteriores quando define contrato de emprego como "o que vincula um trabalhador a um detentor de fonte de trabalho, sob o regime de colaboração social e integração objetiva nas atividades da empresa ou em sua organização". Assim, o contrato é fonte do vínculo, e a relação é fonte dos direitos e obrigações.

Antonio de Lemos Monteiro Fernandes[92], tendo em vista o direito português, afirma que "não se discute, entre nós, em face do direito positivo, que o contrato individual de trabalho é o fato gerador da própria relação jurídica de trabalho".

Orlando Gomes e Elson Gottschalk[93], depois da análise que fazem da dissociação entre contrato e relação, de Deveali, chegam às seguintes conclusões: "A distinção entre relação e contrato, embora forneça razoável explicação da aplicação dos 'efeitos comuns' e dos 'efeitos específicos' do contrato, não é substancial. Significa, em verdade, uma exageração da diferença entre aspectos de uma só e mesma realidade. O contrato é, com efeito, o *aspecto subjetivo* de um fato que se objetiva na relação. Ora, o problema consiste justamente em saber se esse aspecto subjetivo pode ser eliminado, e não em se acentuar que difere do *aspecto objetivo*. Se os efeitos específicos, típicos do contrato de trabalho, derivassem exclusivamente do *fato da prestação de serviço*, o contrato seria uma superfetação. Tal não ocorre, todavia, visto como as obrigações específicas nascem no momento da execução como uma derivação do momento contratual. Por conseguinte, o simples acordo de vontades produz, por si só, os efeitos jurídicos, obrigando os contraentes".

Na Lei Federal do Trabalho do México (1970), no art. 20, há uma tentativa do legislador de dar dimensões comuns ao contrato e à relação, uma vez que define ambas as figuras igualando os seus efeitos:

"Art. 20. Entende-se por relação de trabalho qualquer que seja o ato que lhe dê origem, a prestação de um trabalho pessoal subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário.

92. *Noções fundamentais de direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 1976, p. 60.

93. *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 1, p. 206.

Contrato individual de trabalho, qualquer que seja a sua forma ou denominação, é aquele em virtude do qual uma pessoa se obriga a prestar a outra um trabalho pessoal subordinado, mediante o pagamento de um salário.

A prestação de um trabalho a que se refere o parágrafo primeiro e o contrato celebrado produzem os mesmos efeitos".

Também o direito argentino (Lei do Contrato de Trabalho n. 20.744) adota a mesma linha, definindo relação de emprego separadamente de contrato de trabalho. Este haverá "sempre que uma pessoa física se obrigar a realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra e sob dependência desta, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de uma remuneração" (art. 23). A relação dar-se-á "quando uma pessoa realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra, sob a dependência desta, em forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem" (art. 24). Dispõe, finalmente, que "o fato da prestação de serviços faz presumir a existência de um contrato de trabalho, salvo se pelas circunstâncias, as relações ou causas que o motivem demonstrarem em contrário" (art. 25).

A tendência que se observa nessas manifestações caracteriza-se pela harmonização entre as duas figuras e não pela sua dissociação como se pensava antes, ambas coexistindo como aspectos de uma mesma realidade, daí justificar-se a afirmação de Catharino: o contrato de emprego é um complexo autônomo-heterônomo.

4. O vínculo entre empregado e empregador como relação jurídica do tipo contratual

O conceito de *relação jurídica*, cujo desenvolvimento é atribuído a Savigny, confirma a tese que não dissocia contrato e relação de emprego.

Relação jurídica é uma relação social — há relações morais, religiosas, econômicas, artísticas etc. — disciplinada na ordem jurídica — ex.: relações de parentesco — vinculando duas ou mais pessoas segundo uma hipótese normativa (intersubjetiva). Pressupõe, como elementos, o sujeito ativo, que é o beneficiário principal da relação, o sujeito passivo, que é o devedor da prestação, o vínculo de atributividade e o objeto.

Há relações jurídicas negociais e não negociais. Negócio jurídico é o ato jurídico no qual uma ou mais pessoas, em virtude de declaração de vontade, constituem uma relação jurídica, segundo os limites legais. A vontade instaura o vínculo, cria a situação jurídica e também pode subordinar os efeitos dessa situação a algumas cláusulas e condições constantes da declaração e desde que inexistam proibições legais ou disposições imperativas em outro sentido.

Relações jurídicas não negociais são aquelas que não nascem como decorrência da vontade das partes. Surgem mesmo contra qualquer manifestação e sem ela, como nas obrigações fiscais. Ninguém paga imposto como resultado de um negócio jurídico.

O vínculo entre empregado e empregador é, em primeiro lugar, uma relação jurídica, porque é efetivamente uma relação social, das mais importantes, regida pela norma jurídica, ligando dois sujeitos, o empregado e o empregador.

É uma relação jurídica que se estabelece pela vontade das partes, portanto é negocial. Ninguém será empregado de outrem a não ser que o queira. Nenhum empregador tem o poder de coativamente impor a alguém que para si trabalhe, porque se assim fosse estaria irremediavelmente prejudicada a liberdade de trabalho e consagrado o retorno à escravidão.

A vontade das partes está presente no momento da formação do vínculo jurídico e de modo insubstituível, sendo mesmo a sua causa única, não se podendo, mesmo no caso das denominadas "admissões compulsórias" de mutilados de guerra, como em algumas leis da Europa, concluir-se que desapareceu o elemento volitivo. Nesses casos, o trabalhador também se aproxima por sua vontade, e o empregador é obrigado não a admitir uma pessoa, mas a deixar um número de vagas a serem preenchidas por trabalhadores em determinadas condições.

É certo que durante o curso do vínculo a vontade das partes se exercita de modo menos amplo, porque as normas jurídicas disciplinam com uma dimensão expressiva os efeitos que devem ser observados, sem impedir, totalmente, estipulações entre os interessados. Ninguém poderá admitir que o aumento espontâneo de salário, a promoção por merecimento etc. sejam atos que não resultem da autonomia privada. Por mais interferente que seja, a lei não poderá substituir totalmente a

iniciativa dos interessados em muitas combinações e ajustes, porque não desce à concreção necessária para esse fim, o que já foi demonstrado pela teoria kelseniana, na qual o contrato faz parte da pirâmide normativa, como uma "norma individualizada".

Na extinção do vínculo preponderam também os aspectos volitivos. O empregado pode sempre rescindir o contrato pedindo demissão de acordo com os seus interesses. O empregador pode despedi-lo, salvo diante de proibições legais (estabilidade).

Portanto, o vínculo de emprego é uma relação jurídica (aspecto socionormativo) de natureza contratual, pela forma de sua constituição, pelo modo do seu desenvolvimento, neste reduzindo-se muito a liberdade das partes, e pelas características da sua desconstituição.

O contrato é a fonte que instaura o vínculo, mas que pode também determinar alguns dos seus efeitos. A relação de emprego é uma relação social que se transforma em jurídica porque disciplinada pelo direito. A vontade, manifestada de modo escrito, verbal ou meramente tácito, está sempre na base de toda relação jurídica entre empregado e empregador.

5. O vínculo entre empregado e empregador como "situação"

As discussões sobre a natureza jurídica do vínculo entre empregado e empregador ganharam uma nova contribuição com a tese da *situação jurídica.*

Impõe-se entender o que se quer dizer com situação jurídica, nos termos propostos por Menezes Cordeiro[94] e Maria do Rosário Palma Ramalho[95].

É uma tentativa de superação da teoria da relação de emprego e um conceito aglutinador chave da unitariedade do direito do trabalho e das suas três áreas principais tradicionais, o direito individual do

94. *Da situação jurídica laboral*; perspectivas dogmáticas do direito do trabalho, Portugal, ROA, 1982, p. 79-88.

95. *Direito do trabalho*; Parte I — Dogmática geral, cit., p. 32, 358 e 364.

trabalho, o direito das condições de trabalho (a parte imperativa do contrato de trabalho) e o direito coletivo do trabalho, para a compreensão do direito do trabalho como *um direito das situações laborais individuais e coletivas.*

Inicie-se com a explicação de Maria do Rosário sobre as razões que a levam a superar o conceito de relação jurídica:

"No plano técnico, as dificuldades do conceito de relação jurídica na sua aplicação laboral decorrem do caráter intersubjetivo ou relativo desta categoria, que não quadra a muitas situações juslaborais correspondentes a situações jurídicas absolutas".

E continua: "As limitações operativas do conceito de relação jurídica são exemplificadas por múltiplas situações juslaborais absolutas: os direitos de personalidade do trabalhador e do empregador (arts. 15 e ss. do CT); os diversos direitos potestativos do trabalhador e do empregador que decorrem das respectivas qualidades e se impõem ao contrato de trabalho (assim, por exemplo, os direitos associados à qualificação profissional do trabalhador ou a situações especiais como a menoridade, a gravidez, a incapacidade física ou qualidade de estrangeiro); e com referência ao domínio coletivo, os direitos potestativos que não pressupõem a existência de um vínculo do trabalho em concreto mas ainda e tão só a qualidade de trabalhador subordinado ou de empregador (assim o direito de filiação do trabalhador e do empregador nas associações representativas respectivas) (art. 479, n. I e n. 3, art. 16, n. 2 e n. 3 do CT); as situações jurídicas emergentes das convenções coletivas de trabalho que têm a ver com a sua aplicação e não com a sua celebração, e que, por isso, também, escapam à lógica do conceito de relação jurídica; os direitos e deveres decorrentes da inserção dos trabalhadores na organização do empregador, que só se deixam justificar por esse elemento organizacional, como o direito à igualdade de tratamento (arts. 22 e ss.) e os deveres do trabalhador para com os colegas (art. 121, n. 1, *a*), e ainda as prerrogativas do empregador justificadas pelas vicissitudes empresariais e que se impõem potestativamente ao contrato de trabalho (assim, por exemplo, os direitos relativos à mobilidade funcional ou geográfica do trabalhador) (arts. 314 e ss. do CT). Em suma, do ponto de vista estritamente técnico, o conceito de relação jurídica não quadra à multiplicidade e à diversidade das situações jurídicas laborais".

Prossegue:

"O conceito operatório que propomos para esse efeito — delimitação unitária do direito do trabalho — é o conceito de *situação jurídica laboral,* mas esse conceito deve ser reportado não à relação de trabalho e sim diretamente aos sujeitos presentes em todos os fenômenos laborais: o trabalhador e o empregador. Trata-se, em suma, do conceito de *situação jurídica de trabalhador subordinado* e de *situação jurídica de empregador*. Por constituir o denominador comum a toda a fenomenologia laboral, designamos este conceito pela expressão *situação juslaboral nuclear*".

Concluindo:

"Por fim, porque não é relacional, *o conceito de situação juslaboral nuclear que adotamos facilita uma perspectiva integrada dos centros regulativos do Direito do Trabalho* e, nessa medida, contribui para a unidade sistemática e dogmática da área jurídica".

Como se vê, trata-se de uma tese nova e que merece reflexão, principalmente porque procura uma ideia básica para explicar o direito do trabalho e sua unidade dogmática, mas, também, porque há figuras no direito do trabalho que não podem ser compreendidas unicamente à luz da teoria contratualista que leva a fundamentação do vínculo, entre empregado e empregador, a uma relação jurídica, o que pressupõe, como em toda relação jurídica (vínculo intersubjetivo entre duas ou mais pessoas), intersubjetividades que em diversos casos não se dão, mas que existem.

Sempre defendi, neste livro, que avaliar a subordinação em cada caso concreto é verificar o *modo* (entenda-se situação) como o trabalho é prestado, portanto, a caracterização do vínculo de emprego a partir da situação concreta em que ele se desenvolve, por também entender, embora sem a amplitude e coerência da teoria da situação jurídica, que o vínculo é contratual em sua origem — para afastar as teorias do engajamento e da ocupação —, pouquíssimo contratual no seu desenvolvimento, tantas são as limitações à autonomia da vontade de ambas as partes, e que o conteúdo plurinormativo das fontes do direito do trabalho se expressa como um complexo normativo autônomo-heterônomo que tem nos fatos a base indutiva para a sua subsunção na categoria jurídica empregado-empregador — talvez esse mesmo fenômeno é que Mario de la Cueva conceituou como contrato-realidade.

Expressivas são essas conclusões — da teoria da situação jurídica — porque, efetivamente, nem tudo é relação jurídica no vínculo de emprego — embora em seu conteúdo, também relacional, mas não exclusivamente, há a dimensão da intersubjetividade que lhe é inerente pela vinculação direta entre as suas partes, mas há, também, uma dimensão de heteronomia com que se depara tanto o trabalhador como o empregador, da qual resultam direitos e deveres, não só entre ambos, mas, lateral e separadamente, também o empregador tem obrigações perante terceiros (p. ex., enviar dados da RAIS ao Ministério), o mesmo ocorrendo com o trabalhador (p. ex., ter Carteira de Trabalho e Previdência Social), e estão submetidos a imposições normativas que não nascem de nenhum dos dois mas de suas organizações representativas (p. ex., cumprimento das convenções coletivas de trabalho, recolhimento da contribuição sindical).

6. O vínculo entre empregado e empregador como contrato "pessoal-organizacional"

Propomos, para reconstrução dogmática da natureza do vínculo, a concepção *pessoal-obrigacional.*

Manifesta é a singularidade do vínculo diante dos contratos de direito civil, tendo em vista peculiaridades que o caracterizam como a inseparabilidade do trabalho e da pessoa que o presta e o envolvimento desta na sua execução, diferentemente dos contratos de direito civil que têm na patrimonialidade o seu objeto.

O envolvimento significa a inserção do trabalhador na organização empregadora na qual, sob o poder de direção e disciplinar do empregador, põe-se como subordinado, situação essa que por si já justifica a proteção aos seus direitos não só materiais mas, também, de personalidade, estes mais expostos quando alguém entra numa organização alheia para cumprir ordens de serviço e de disciplina que dela emanam, com o que o vínculo transcende a esfera de mera relação de troca entre salário e trabalho.

A pessoalidade não significa, apenas, estar-se diante de uma relação *intuitu personae*, só exercida, sem delegações para terceiros, pelo próprio empregado, mas, também, a proteção da personalidade, da vida,

da saúde, da integridade física, da segurança do prestador de serviços e de vantagens familiares (p. ex., licença-paternidade, licença da gestante), proteção que, para o empregado, é um direito e, para o empregador, é um dever de respeito a esses e outros bens jurídicos que a atividade laboral para uma organização impõe; significa, também, a validade das qualificações pessoal-profissionais do trabalhador e que se refletem sobre diversos atos (admissão, promoções, investidura ou desinvestidura em cargos de confiança etc.).

O vínculo, além de pessoal, é *organizacional* porque o cenário em que se desenvolve é uma organização, um grupo de empresas, uma empresa grande, média, pequena ou micro, salvo exceções bem menos amplas, como o trabalho doméstico para pessoa física ou para família, no qual, a rigor, não se poderia dizer que o trabalho é prestado para uma organização; nele há certo conteúdo organizacional com horários, ordens seguidas etc., e raríssimas situações de *um* empregado só de empregador industrial, comercial ou rural pessoa física (em 24 anos de Juiz do Trabalho nunca tive um processo judicial de empregador pessoa física com um só empregado).

O poder de direção, como todo poder inerente a uma estrutura hierárquica que tem fins e meios para alcançá-los, expressa-se em diversas formas de manifestação (horário de trabalho, ordens de serviço, transferências, rotinas de trabalho etc.).

A organização é a base na qual a atividade do empregado é exercida, sem a qual não há vínculos de emprego — e é destes que aqui se fala e não de prestação de serviços autônomos — não se confundindo a concepção germânica da *comunidade de trabalho,* que pressupunha a comunhão ou convergência de interesses de trabalhador e empregador, e o sentido que aqui se dá à organização. Diversamente da teoria comunitário-pessoal cujo pressuposto foi a atividade empresarial como um todo voltada para fins comuns dos interesses nacionais, na atual concepção de organização empregadora há conflito de interesses (p. ex., representação dos trabalhadores na empresa para harmonizar os critérios de rotinas de trabalho, pleitos sindicais que podem terminar em acordo ou em dissídio coletivo nos Tribunais).

Por se tratar de vínculo que se desenvolve em uma organização ou para uma organização, lateralizam-se a necessidade de proteção ao

trabalhador, em sua plenitude, para defesa patrimonial do salário, da moral e da dignidade de quem está sob os poderes da hierarquia da organização, e a obrigação, da organização, de zelar por valores que devem presidir a sua postura, que não deve ser afastada da sua função social. E é porque o trabalho do empregado ativa-se numa organização, e como esta pressupõe objetivos e metas que tem de alcançar, que reconhece, o direito do trabalho, o poder de direção, o poder disciplinar e o poder regulamentar do empregador pelo qual fixa as normas gerais de rotinas no trabalho, define funções, horários, transferências, critérios de promoções que encontram na figura do abuso do direito o seu limite.

7. O problema da invalidade, nulidade, anulabilidade, proibições e seus efeitos

A relação de emprego deve ter objeto lícito e moral.

Aliás, segundo o Código Civil (art. 104), todo negócio jurídico, e o contrato de trabalho é espécie do gênero, deve ter agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Se o objeto da relação de emprego é ilícito ou imoral, a consequência será a sua ineficácia, como ocorre com todo ato jurídico; também o direito civil considera uma das condições de validade do ato jurídico a licitude do seu objeto.

As leis trabalhistas modernas disciplinam os efeitos da ilicitude do objeto.

Exemplifique-se com a Lei do Contrato de Trabalho da Argentina (Lei n. 20.744), art. 41: "Considera-se ilícito o objeto quando este for contrário à moral e aos bons costumes, mas não se considerará como tal se, pelas leis, ordenações municipais ou regulamentos de polícia, forem por estes regulados ou tolerados". O art. 43 da mesma lei aponta o efeito: "O contrato de objeto ilícito não produz consequências entre as partes, derivadas desta Lei". Não se confunde, no direito argentino, o objeto ilícito com o objeto proibido. Proibido é, por exemplo, o trabalho, sob a forma de emprego, de menores com determinadas idades. No entanto, o objeto não será ilícito, meramente proibido, com

efeitos diferentes, dispondo a mesma lei que "o contrato de objeto proibido não afetará o direito do trabalhador de receber as remunerações e indenizações que se derivem de sua extinção por tal causa".

O Código de Trabalho de Portugal (2003) cuida do tema, fixando os seguintes pontos principais: a nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada (art. 114, 1); as cláusulas do contrato de trabalho que violem normas imperativas consideram-se substituídas por estas (art. 114, 2); o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução (art. 115, 1); os atos inválidos produzem efeitos como se fossem válidos na defesa das garantias do trabalhador (art. 115, 2); aos fatos extintivos ocorridos antes da declaração de nulidade ou anulação do contrato de trabalho aplicam-se as normas sobre a cessação do contrato celebrado a termo e já extinto (art. 116, 1).

Desse modo, não será considerada eficaz relação de emprego se o trabalho é prestado para a prática de contrabando. Será, no entanto, válida a relação de emprego de estrangeiro que não regularizou sua documentação de permanência no país.

O trabalho com objeto ilícito é o do crime organizado, que tem a seu serviço contingentes numerosos de adultos, homens e mulheres, e adolescentes que vivem do crime nas mais diferentes atividades em pontos de venda de drogas, em guarda de cativeiro de sequestros, em vigilância nos morros e favelas para anunciar a aproximação da polícia, cumprindo regras próprias de comportamento, em desafio à autoridade do Estado. Evidentemente, não há como considerar válidos vínculos de emprego nessas atividades, porque nesse caso o Estado estaria validando a criminalidade em suas diferentes formas, o que contraria o interesse social, que é exatamente combater a organização do crime.

Há jurisprudência negando a possibilidade de configuração de contrato de trabalho, diante da ilicitude do objeto, na atividade de jogo do bicho, porque a atividade, em si, confunde-se com o próprio ilícito (TST, SDI-1, OJ n. 199).

Como diferem *trabalho para fins ilícitos* e *trabalho proibido*, aquele impossibilitante e este não, da relação de emprego, convém

examinar, com maior vagar, o segundo, que leva ao problema da nulidade no contrato de trabalho.

No Direito Civil, como ensina Enzo Roppo em *Il contratto,* assentadas estão as principais diretrizes do tema, em função dos contratos a que se referem.

A *invalidade* do contrato é gênero que comporta duas espécies, a nulidade e a anulabilidade, que se distinguem pelos efeitos que provocam.

A *nulidade* é uma sanção instituída em razão de um interesse geral. Contrato nulo é aquele que não produz nenhum dos efeitos jurídicos em vista dos quais as partes o concluíram. É privar a operação jurídica de qualquer reconhecimento legal. Se o contrato visa a transferir direitos, não transfere, não faz surgir obrigações. Exemplo: a compra e venda nula. O proprietário continua sendo proprietário. Se for certo que não há efeitos, o contrato nulo pode, no entanto, servir de base, constituir o pressuposto material, de fato, para a produção de alguns dos efeitos jurídicos, como o ressarcimento de danos. A nulidade é imprescritível, conquanto a restituição seja prescritível.

A nulidade pode ser declarada à instância não só das partes, mas de quem tenha interesse nisso e, também, declarada de ofício pelo Juiz. É insanável. O contrato não pode ser convalidado. Permitida, no entanto, é a conversão do contrato nulo em outra forma contratual aproveitável, contanto que a conversão atenda ao escopo das partes pela nova forma substitutiva. A substituição se faz em defesa da parte mais fraca. A cláusula nula, na substituição, é considerada não escrita. A nulidade é uma sanção com a qual o ordenamento jurídico atinge, no interesse público, os contratos que chocam com as exigências de caráter geral e de ordem pública, daí o maior rigor com que os seus efeitos são disciplinados pela legislação.

A *anulabilidade* distingue-se da nulidade. É instituída não em função do interesse geral, mas do interesse particular, de uma parte do contrato de trabalho. Não deve ser declarada de ofício. Só a requerimento do interessado. É sanável. Seus efeitos persistem até a sua declaração, ao contrário da nulidade que é irretroativa. A anulabilidade não tem o mesmo efeito retroativo. É prescritível. É, também, conversível. Dizer que o contrato é anulável é o mesmo que dizer que os seus

efeitos são produzidos até a sua declaração. Ex.: É anulável o contrato cuja constituição deu-se com um vício de vontade. Destina-se à tutela dos interesses de uma das partes, privilegiando-a em relação à outra.

Seriam aplicáveis as regras do Direito Civil ao contrato de trabalho?

Roppo sustenta que "as regras gerais em matéria de disciplina da nulidade são postas de parte quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. O caráter irretroativo da declaração de nulidade faria com que a relação fosse cancelada desde o surgimento".

São compreensíveis as dificuldades de teorização do tema *nulidade no contrato individual do trabalho* diante do conflito entre duas naturais preocupações, a preservação do contrato em que o trabalho foi prestado e o imperativo da manutenção dos objetivos do ordenamento jurídico, valores que não são compostos facilmente.

Esse é o entendimento praticamente unânime dos doutrinadores, no sentido de que a teoria civil da invalidade deve sofrer adaptações em sua aplicação no contrato de trabalho, em razão de diversos aspectos, entre os quais: a) *o princípio da conservação do contrato de trabalho;* b*) a impossibilidade de restituição das partes ao "statu quo ante";* c*) a facilitação do enriquecimento ilícito.*

O trabalho é uma energia gasta e irrestituível. Mais que isso. O trabalho e o ser que o exercita confundem-se de tal modo que ambos, num primeiro momento, são indissociáveis. Num segundo momento, o trabalho, dissociando-se do trabalhador, acopla-se ao produto do seu trabalho, nele inserindo-se.

Manoel Alonso Olea, em *Introdução ao direito do trabalho* (trad., 1969, p. 167), mostra que "a grande singularidade do trabalho como objeto de um contrato — e do direito do trabalho que tem o próprio contrato como núcleo — está em que, em tal trabalho, está inserido o sujeito que o executa. Este é o sentido jurídico da *alienação* que deriva do fato de trabalhar para uma terceira pessoa que, por força do contrato, possui um título prévio que torna exigível a prestação do trabalho e em virtude do qual faz seus os frutos dele resultantes, que careceriam de valor se considerados isoladamente, em virtude da divisão do trabalho".

É exatamente essa transferência do trabalhador para o produto trabalhado que impede, no contrato de trabalho, o retorno das partes à situação em que se encontravam no início da prestação dos serviços, fazendo com que os critérios que devam ser observados, no direito do trabalho, desigualem-se daqueles que são aplicáveis aos com tratos de direito comum.

A diferença, portanto, reside no objeto de um e de outro contrato, uma vez que, enquanto nos contratos de direito civil o objeto é uma operação econômico-jurídica, recaindo, via de regra, sobre um bem, nos contratos de trabalho o objeto revela o empenho da própria pessoa que trabalha. Numa compra e venda anulada o proprietário é reinvestido na propriedade e ao comprador é restituído o que deu do preço. Numa relação de emprego em desenvolvimento anulada, o trabalhador não retorna à situação anterior ao início do trabalho, e o empregador já se beneficiou definitivamente do seu trabalho. Logo, a questão não pode ser tratada igualmente nas duas áreas do direito. Os critérios devem ser diferentes.

Enriquecimento ilícito é o "ganho não proveniente de causa justa. Aumenta o patrimônio de alguém sem justa causa, ou sem qualquer fundamento jurídico, em detrimento de outrem. É aquele que gera o locupletamento à custa alheia, justificando a ação de *in rem verso*" (*Dicionário jurídico*, Maria Helena Diniz).

Da impossibilidade de restituição da parte ao *statu quo ante* resultaria o enriquecimento ilícito no caso da aplicação dos critérios do direito civil para a solução dos efeitos da invalidade do contrato de trabalho, uma vez que, não havendo como devolver ao empregado o trabalho prestado, o entendimento de que inexistem efeitos do contrato de trabalho nulo geraria uma situação de total irreparabilidade em detrimento daquele que com o trabalho prestado já cumpriu a sua obrigação. A irrestituibilidade é, portanto, o grande entrave para a similitude de enquadramento jurídico da questão nas duas esferas do direito, pressupondo, portanto, adaptações e critérios específicos que deem ao problema dos efeitos uma regra capaz de atender às peculiaridades da nossa situação.

Demonstrada a inafastabilidade da elaboração de diretrizes próprias para o direito do trabalho e sendo certo que tal razão impli-

ca o afastamento total das construções jurídicas do direito civil, torna-se, agora, oportuno saber de que modo seria possível estabelecer, para o contrato de trabalho, regras convenientes e em consonância com a natureza dos problemas que devem ser solucionados.

Cabe, como premissa, definir qual é o problema a ser solucionado, o que fica fácil diante dos pressupostos já explicitados, a saber, o princípio da preservação ou continuidade do contrato de trabalho, a irrestituibilidade do trabalho prestado e o favorecimento do enriquecimento ilícito, questões que, como se vê, vinculam-se diretamente a outra, a dos efeitos da nulidade.

Não é válida, para o contrato de trabalho, a máxima do direito civil, ou seja, se o contrato é nulo nenhum efeito produzirá, porque entre os efeitos que o trabalho prestado gera estão os salários contraprestativos que dele são devidos, além de outras vantagens trabalhistas. E é exatamente nesse ponto que se torna sensível a questão que nos mostra que no contrato de trabalho seria melhor falar não em *nulidade*, mas em *anulabilidade*, sabendo-se que esta é uma forma de invalidação do contrato que não prejudica a preservação dos deveres e direitos convencionados e correspondentes até o momento da sua declaração, enquanto a nulidade, a rigor, é a forma de invalidação dos efeitos pretéritos também, e não apenas dos futuros. Reconheça-se, no entanto, que a teoria do direito do trabalho formou um conceito, como vimos a *irretroatividade das nulidades*, para chegar a uma conclusão semelhante à que se instaura nos casos de anulação e não nos casos de nulidade no sentido estrito.

O Código Civil da Itália, art. 2.126, dispõe: "a nulidade ou anulação do contrato de trabalho não produz efeito para o período em que a relação teve execução, salvo se a nulidade derivar da ilicitude do objeto ou da causa". O parágrafo segundo do mesmo texto declara: "Se o trabalho foi prestado com violação de normas tutelares do prestador de trabalho, este terá em qualquer caso direito à retribuição".

Comentando os referidos dispositivos, a jurista peninsular Luisa Galantino (*Diritto del lavoro*) faz as observações que passam, em resumo, a ser expostas.

Mostra que no direito do seu país as hipóteses de invalidade do contrato de trabalho são configuráveis em hipóteses bastante restritas

no plano legal, diante do princípio da conservação da relação de emprego, e no plano legislativo, em face do disposto no art. 2.126 do Código Civil, segundo o qual a nulidade ou anulabilidade do contrato de trabalho não produz efeito para o período de sua execução, salvo se a nulidade não derivar da ilicitude do objeto ou da causa.

Acrescenta que a anulabilidade se verifica nas seguintes hipóteses: a) incapacidade de uma das partes contratantes (CC, art. 1.425); b) erro sobre qualidade essencial sobre a pessoa do outro contratante (CC, art. 1.427) de escassa configuração, porque o empregador pode valer-se do contrato de experiência para conhecer o empregado; c) violência ou dolo (CC, arts. 1.434 e 1.439), exemplificando a primeira hipótese com a exposição do empregador a ameaças de violência pelo empregado e a segunda com o dolo omissivo do empregado sobre a sua verdadeira aptidão para a função; d) estipulação do contrato com violação das normas sobre colocação (CC, art. 2.098), por meio de ação movida pelo Ministério Público, com prazo prescricional de um ano quando receber denúncia da agência de colocação sem produção de efeitos sobre o período em que o trabalho foi prestado.

A nulidade — e não anulabilidade — do contrato tem como efeito a substituição das cláusulas contratuais. Dá-se nas seguintes situações: a) contrariedade de norma imperativa (CC, art. 1.418, § 2º); b) ilicitude da causa por contrariar norma imperativa, a ordem pública, os bons costumes, por motivo ilícito determinante comum ao conjunto das partes e por fraude à lei (CC, arts. 1.343, 1.344 e 1.345).

Acrescenta Galantino que nos casos de objeto ilícito, impossível ou indeterminado, nos termos do CC, art. 1.346, o contrato não produz efeitos, e o trabalhador poderá pleitear somente uma indenização, segundo o princípio do enriquecimento ilícito. Cita como exemplos de objeto ilícito a atividade em cassino clandestino, a prostituição e o comércio de droga.

As lições de Galantino refletem, de modo geral, o pensamento predominante na doutrina italiana de Cassì, Natoli, Peretti Griva e Rabaglietti. Já Sinagra distingue entre contrato inexistente, no qual o trabalhador não terá direito a uma verdadeira e própria remuneração, mas sim a uma indenização justificada pela impossibilidade de repetição do trabalho prestado e pelo enriquecimento, e descumprimento das normas legais, quando o salário é inteiramente devido.

Para Riva Sanseverino[96], "no caso de prestação de fato do trabalho na hipótese de contrato de trabalho nulo ao trabalhador não compete a retribuição, mas uma compensação de paridade com a mesma".

Cabanellas estabelece algumas regras jurídicas que valem como princípios gerais sobre a matéria e que são as seguintes:

a) o empregador está obrigado a respeitar as disposições legais referentes à regulamentação do trabalho; b) o empregado, na prestação de serviços, ainda quando o contrato seja nulo, estará colocado em estado de subordinação; c) os salários recebidos pelo empregado não serão restituídos, e o empregador encontra-se na obrigação de pagá-los, se ainda não o fez. Acrescenta que, quando a nulidade do contrato proceder de ato culposo de uma das partes, a esta cabe sofrer a responsabilidade e os prejuízos, como no caso de uma empresa jornalística que viola a lei ao contratar estrangeiro. Por outro lado, se o estrangeiro ocultar essa condição, como falseou a verdade, sofrerá os resultados decorrentes da sua omissão.

Na França, Rivero e Savatier propõem as seguintes normas: a) o empregador não pode descumprir as obrigações legais (horário, repouso, higiene e segurança), prevalecendo-se da nulidade do contrato de trabalho; b) os salários já pagos não serão restituídos, e os que não foram pagos poderão ser reclamados pelo empregado, salvo quando a prestação de serviços for ilícita ou imoral; c) em matéria de previdência social, a nulidade do contrato de trabalho não priva o trabalhador dos seus direitos. Ressaltam os autores também a diferença entre *nulidade do contrato* e *nulidade de uma das cláusulas do contrato*, caso em que prosseguirá normalmente a relação de emprego, considerada ineficaz unicamente a cláusula irregular. É o caso, por exemplo, de um contrato escrito, prevendo a inexistência de férias, ou de o menor trabalhar em atividades insalubres numa parte da jornada.

Na doutrina brasileira, Catharino[97] afirma: "A nosso ver a subsistência do salário, apesar da nulidade do contrato, tem fundamento nos princípios gerais de direito, especialmente o de que ninguém deve enriquecer sem causa"; Egon Gottschalk[98] entende que "a nulidade do

96. Dell' imprensa, in *Commentario del Codice Civile* [s. l.: s. n.], 1956, p. 381.

97. *Tratado jurídico do salário*, cit., 1951, p. 82.

98. *Norma pública e privada no direito do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1944, p. 210.

contrato de trabalho deixa, portanto, permanecer a relação de trabalho como situação jurídica *sui generis,* não privando o empregado desta sua qualidade de 'empregado' e, destarte, dos direitos oriundos do simples fato da prestação de trabalho subordinado". Délio Maranhão[99] ensina que "os salários que já foram pagos não devem ser restituídos, correspondendo, como correspondem, à contraprestação de uma prestação definitivamente realizada". Para Puech o princípio do enriquecimento sem causa e a realidade social da dependência econômica, qualquer deles, é bastante para a condenação do empregador na contraprestação salarial. Cesarino Junior[100] leciona que "o pagamento de salários se justifica, na hipótese de um contrato nulo, com o recurso à teoria do enriquecimento ilícito".

Não é essa a posição de Evaristo de Moraes Filho quando sustenta que, "se o empregado tem conhecimento da ilicitude do contrato, não deverá receber salários"[101].

O Tribunal Superior do Trabalho (RR 3.374, 2ª T., 19-6-1958, Rel. Min. Luiz França, *RTST*, 1960, p. 139) já decidiu que, "comprovada a existência da relação de emprego, não há como admitir se pretenda invocar a ilicitude do negócio para desobrigar o empregador do ônus decorrente da legislação do Trabalho". Em processo no qual cambista de "jogo de bicho" reclamou férias e gratificações natalinas, o Tribunal Superior do Trabalho (RR 2.562/66, *Acórdãos no TST*, Arnaldo Süssekind, *LTr*, v. I) concluiu que "o contrato de trabalho exige objeto lícito, não podendo ser ajustado para a prática de atos que são proibidos, por lei, a todos os cidadãos". Mais recentemente, surgiram os casos de servidores públicos admitidos sem concurso, descumprida a exigência da CF, art. 37, II. As decisões majoritárias reconhecem efeito *ex tunc* para assegurar salários, mas não demais direitos (TST, RO-AR 307.720/96.4, SBDI2, 10-5-1999, Rel. Min. João Mathias de Souza, *LTr* 63-10/1370).

A invalidade *do* contrato não é a mesma que *no* contrato de trabalho. Quanto ao primeiro caso, configura-se quando o ordena-

99. *Instituições de direito do trabalho*, FB, 1971, p. 281.

100. *Direito social*, São Paulo, LTr, 1980.

101. *Tratado elementar de direito do trabalho* [s. l.: s. n.], v. 1, p. 392.

mento jurídico retira da autonomia dos particulares a possibilidade de ajustar determinado tipo de relação jurídica pela via contratual, como nos casos de contrato de trabalho entre pessoas jurídicas, contrato de trabalho entre traficante e garotos olheiros da aproximação da Polícia e contrato de trabalho entre cafetão e prostituta, casos em que nenhum efeito resultará destes porque a hipótese é de inexistência do contrato.

A invalidade não *do,* mas *no* contrato de trabalho produz efeitos, uma vez que não há que se falar, no direito do trabalho, em contrato de trabalho existente sem nenhum efeito por ser a proteção do trabalho matéria de ordem pública. Nesse caso, os salários serão devidos, tendo em vista a impossibilidade de restituir ao empregado o trabalho prestado, a irretroatividade das nulidades e a proibição do enriquecimento ilícito. Também pode de algum modo influir nas opções de o julgador distinguir entre conhecimento ou desconhecimento da ilicitude pelo trabalhador, porque, se este conscientemente se dispõe a correr risco, sabendo que o faz de modo contrário à lei, fragiliza-se até mesmo o seu direito ao salário. Entenda-se, também, que o empregado que desenvolve uma atividade ilícita nem sempre o faz com o fim de descumprir a lei, mas com o propósito de encontrar meios de subsistência. Importaria numa dupla punição, a penal, a que se sujeita se efetivamente comete a infração criminal, e a trabalhista, não prevista em lei, privá-lo do salário.

8. Dirigismo contratual e decadência da autonomia da vontade

A liberdade de contratar, com a amplitude que lhe foi dada pelos sistemas jurídicos, sofre, no direito comum, limitações na medida em que as leis passam a dispor imperativamente sobre o conteúdo de alguns contratos.

Dirigismo contratual é a política jurídica destinada a restringir a autonomia negocial na determinação dos efeitos do contrato.

Na medida em que cresce, fala-se, inversamente, em "decadência do voluntarismo jurídico" e em "crise do contrato", não faltando, mes-

mo no direito comum, afirmações, obviamente exageradas, sobre a "publicização do contrato", como nota José H. Saraiva[102].

Não só as limitações impostas pelo Estado, mas também as necessidades do comércio jurídico provocam, como assinala Orlando Gomes[103], as novas figuras que surgem no direito contratual, confirmando a tendência crescente dirigista.

As mesmas transformações são afirmadas por René Savatier, em *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, na qual mostra as alterações, mas não o desaparecimento do contrato, as transformações resultantes do dinamismo econômico e social e as necessidades do homem em produzir na proporção em que faz as suas conquistas.

Entre as figuras que aparecem no mundo dos contratos, exemplifica Orlando Gomes com os *contratos coativos*, que se configurariam quando não há o pressuposto do livre consentimento, sendo uma simples ficção; os *contratos necessários*, limitados e sem maior relevo, como o contrato de depósito numa ocasião de calamidade; os *contratos autorizados*, cuja realização fica na dependência de autoridade; os *contratos regulamentados*, cujo conteúdo é tão minucioso e detalhado com antecipação que as partes não precisam discuti-lo. O *contrato de adesão* também se apresenta como uma das principais formas das novas relações negociais.

Essas explicações são feitas para mostrar que o que ocorre no âmbito trabalhista, embora com mais nitidez que em outros setores da ordem jurídica, não é algo isolado a ponto de justificar a recusa da natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador. A decadência da autonomia da vontade e o dirigismo contratual são peculiares a mais de um ramo do direito, embora na gênese do direito do trabalho já estivesse presente, o que não ocorreu nos demais setores onde hoje aparece.

Assim, atualmente, não mais se negam, como demonstrou Khalil, em *Le dirigisme économique et les contrats*, as profundas alterações do direito sobre os contratos.

---

102. O problema do contrato, *Jornal do Foro*, Lisboa, 1950.

103. *Transformações gerais do direito das obrigações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.

9. O significado do princípio da liberdade de trabalho

O princípio da liberdade de trabalho fundamenta a natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador.

Quando surgiu o direito do trabalho, seus principais intérpretes, como Georges Bry, o exaltaram em suas obras[104]. "A liberdade de trabalho — diz Georges Bry — deve ser a base de nossa legislação industrial, porque é a consequência lógica e necessária da liberdade individual." Foi considerada o meio de dar ao homem o desenvolvimento máximo da sua potencialidade, da sua vontade e das suas aptidões, do seu espírito criativo e das suas iniciativas.

Sem a liberdade e a propriedade, dizia, a sociedade se imobiliza numa inércia e na miséria.

Porém, há que se considerar também que o princípio da liberdade de trabalho, além das suas origens ligadas ao pensamento predominante na época, que era o liberal, surgia para mostrar que o trabalho coativo não se justificava, abolida primeiramente a escravidão e depois a servidão.

Assim, há duas fases na história do trabalho humano subordinado: antes e depois da *liberdade de trabalho* e, sendo o contrato um dos instrumentos da sua realização, rejeitá-lo importaria em uma volta às ideias predominantes anteriormente.

Há, no entanto, dois aspectos a assinalar. Primeiro, a liberdade de trabalho é princípio que representa uma nova ideologia no trabalho. Segundo, não foi instituída para dar ao empregador plena liberdade de dispor do trabalho humano, porque se assim fosse a liberdade do trabalhador estaria aniquilada. Não se poderá encontrar no princípio da liberdade de trabalho fundamento para liberar as partes do vínculo jurídico de qualquer interferência externa. A intervenção é necessária para garantir a liberdade de uma das partes.

10. O princípio da continuidade dos contratos

Os contratos de emprego são continuados no sentido de que os serviços são contratados para que se desenvolvam no tempo. Mas há

104. *Les lois du travail industriel et de la prévoyance sociale*, Paris, Sirey, 1921, p. 1.

que se observar que outros contratos podem ser também continuados sem que se caracterizem como contratos de emprego. Nada impede a figura do autônomo contínuo, que é aquele que executa a sua atividade durante certo tempo para o mesmo comitente. Se esse serviço, apesar de habitual, não é subordinado, não haverá relação de emprego.

A *continuidade* da relação jurídica é, em primeiro lugar, uma questão técnica de classificação dos tipos de contrato de trabalho tendo em vista um ângulo, a sua duração. Nesse sentido, o direito do trabalho conhece contratos por tempo indeterminado e contratos a prazo certo, e a diferença entre ambos está na preexistência ou não de um termo final ajustado entre as partes já por ocasião da formação do contrato. Assim, quando esse termo é estabelecido pelos contratantes, a relação jurídica é a prazo certo, e em caso contrário é a tempo indeterminado.

Há autores que admitem uma terceira figura, o contrato de duração intermitente, para explicar as situações estacionais, de trabalhadores que são admitidos em períodos determinados, como os empregados de hotéis de estações de águas que vão trabalhar nas épocas de movimento maior, durante as férias que ali vão passar os clientes. Não é esta a ocasião para examinar se esses contratos têm uma individualidade, se são figuras com natureza própria, ou se são meros contratos a prazo sucessivamente desenvolvidos.

O contrato a tempo indeterminado é a regra geral em todos os sistemas jurídicos, de tal modo que será a forma normal de contratação, salvo se outra for observada. É mais frequente, pela característica da relação de emprego, a sua permanência no tempo, como contrato de *trato sucessivo* que é.

Estes, os contratos de trato sucessivo, distinguem-se dos contratos de *execução única*.

Francesco Messineo[105] ensina que existem contratos que comportam uma só execução, com a qual se exaurem, e que são denominados contratos de execução única ou instantânea, como a venda, salvo exceções. Outros, porém, entre os quais o de trabalho, são de *duração*,

105. *Il contratto in genere*, Milano, Giuffrè, 1973, t. 1, p. 784.

de *trato sucessivo* ou de *execução continuada ou periódica*, protraindo-se no tempo, nos quais é inconcebível a sua execução num só ato. A sua execução é distribuída pelo tempo, sendo esse o seu caráter peculiar. O tempo serve não tanto para determinar o momento do início da execução, mas é um elemento essencial e não acessório relacionado com a quantidade de prestações. A execução do contrato é distribuída ou reiterada no tempo.

Porém, a *continuidade* é mais que mera técnica de classificação dos contratos de trabalho; é, pela sua importância, um *princípio* do direito do trabalho.

Américo Plá Rodriguez[106] a incluiu entre os valores que presidem nossa disciplina.

Sustenta que a segurança é uma natural aspiração do homem que trabalha. O princípio da continuidade, para o jurista uruguaio, "expressa a tendência atual do direito do trabalho de atribuir a maior duração à relação laboral sob todos os pontos de vista e em todos os aspectos". É "estabelecido em favor do trabalhador", de modo que não tem nenhuma implicação quanto aos chamados contratos por toda a vida, vedados pelo direito do trabalho. Assim, o princípio da continuidade, significando que a relação entre empregado e empregador deve ter como regra a maior duração possível, não elimina o direito do empregado de pedir demissão. Outorga-lhe, isto sim, certos direitos de permanência no emprego, como concretização da ideia de segurança. Esta ideia não se pode limitar a prover para o futuro, por meio de medidas previdenciárias tendentes a dispensar amparo ao homem por ocasião da sua inatividade, mas também deve dispor para o presente, garantido o contrato de trabalho para o empregado.

Justifica-se o princípio da continuidade não só pela ideia de segurança. Há outro fundamento: o valor da antiguidade. Deve ser estimulada a antiguidade do empregado, mesmo porque diversos dos seus direitos são nela baseados. Note-se que a antiguidade tem servido de critério de promoções em regimes estatutários, equiparada ao próprio merecimento, com o qual se alterna. Na empresa privada não pode ser diferente. A antiguidade em si não deve ser desvalorizada e pode se

106. *Los principios*, cit., p. 141.

transformar em benefício da própria empresa na medida em que for bem utilizada.

Esse, além de outros aspectos, já foi posto em evidência por Lodovico Barassi[107] ao examinar a importância prática da continuidade, alinhando argumentos, entre os quais o interesse que nela devem ter também as empresas, submetidas a um processo contínuo de produção que pressupõe a disponibilidade de um pessoal permanente com o qual precisa contar para a consecução dos seus fins, inclusive um pessoal com prática suficiente para manter o rendimento. Dessa forma, se a descontinuidade fosse a regra, os contratos a prazo, consequentes da sua observância, desfigurariam essa permanência. Barassi entende que a continuidade é uma situação de fato que deve ser compreendida como a possibilidade jurídica favorável ao prosseguimento da relação de emprego, não se apresentando como um conceito absoluto, mas que traz a incorporação do trabalhador na empresa, ainda que sem continuidade material ininterrupta do vínculo, como nos casos de enfermidade do trabalhador etc.

11. As técnicas de conservação do contrato[108]

A salvaguarda do contrato de trabalho é tentada por meio de medidas que se destinam a impedir a sua extinção. A conservação do contrato de trabalho é o princípio que resulta da coexistência de técnicas jurídicas, cujo escopo é o favorecimento da continuidade do vínculo, em face da conveniência social e econômica do seu prosseguimento em condições razoáveis. Reúne todos os fenômenos relacionados com a justificação do prosseguimento da relação jurídica, bem como os institutos que permitem a aplicação da ideia da preservação do emprego.

Conservação não é o mesmo que *continuidade* porque tem uma amplitude maior, não só conceitual mas também de estrutura. *Continuidade* é também uma técnica, mas de classificação dos tipos de

107. *Il diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1949.

108. Giorgio Branca, Conservazione del rapporto, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, dir. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, CEDAM, 1971, v. 2, p. 485.

contrato quanto ao prazo, enquanto *conservação* não é uma técnica, mas o fundamento de diversas técnicas. De outro lado, continuidade é, como conservação do contrato, um princípio, diferindo ambas, no entanto, uma vez que aquela não é tão abrangente como esta.

Existem medidas de conservação do contrato relativas à formação do vínculo, tendentes a determinar a sua constituição no plano jurídico em casos nos quais há o trabalho subordinado mas não ficaram esclarecidos os aspectos formais. Se um trabalhador exerce a sua atividade de acordo com os elementos da definição típica de empregado, o vínculo é reconhecido e para esse fim são invocadas teorias como a da natureza acontratual da relação entre empregado e empregador, ou a teoria dos ajustes tácitos configuráveis com o consentimento não manifestado embora presente etc.

As teorias objetivas como a da "ocupação do trabalho humano", do direito italiano e alemão, ou a do "engajamento do trabalhador", do direito francês, todas essas figuras são destinadas a dar uma explicação sobre o ato introdutório, inicial, de formação do contrato de trabalho, e que podem chegar ao extremo da negação total de aspectos volitivos do ser humano. Suas origens primeiras estão na teoria comunitária do direito nazista alemão.

Da doutrina essas ideias passaram para as leis, de modo que existem sistemas jurídicos nos quais o vínculo tem origem contratual mas é reconhecida a sua configuração, mesmo se formado de modo não contratual. Exemplifique-se com o art. 20 da Lei Federal do Trabalho do México de 1970: "Entende-se por relação de trabalho, *qualquer que seja o ato que lhe dê origem*, a prestação de um trabalho pessoal subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário" (grifo nosso).

Além de se projetarem sobre a formação do contrato, as técnicas de conservação recaem sobre o desenvolvimento do vínculo jurídico e são estruturadas para permitir o prosseguimento diante de situações nas quais normalmente, se fossem aplicados conceitos tradicionais, haveria a extinção do vínculo. Assim, a doutrina criou um instituto, a *suspensão do contrato*, transformando hipóteses que antes eram de rescisão, como a gravidez, a enfermidade, a atividade sindical etc. Em alguns sistemas desdobraram-se as figuras segundo um critério dualista: suspensão e interrupção do contrato. É o caso brasileiro, designan-

do-se como interrupção o afastamento remunerado pelo empregador e contado na antiguidade, e como suspensão o afastamento sem esses efeitos. Essa colocação merece revisão que, no entanto, não cabe neste momento, como também desviaríamos o nosso rumo se agora fosse examinado se há suspensão do contrato, como sustentam alguns, ou suspensão de alguns dos seus efeitos, como apregoam outros.

Não só a figura da suspensão, mas ainda a das *conversões*, situa-se na mesma linha. Foram estabelecidas no direito do trabalho certas regras de acordo com as quais se transmudam os contratos automaticamente, como no caso de ser ultrapassado o vencimento, o termo final, de um contrato a prazo prosseguindo de fato o trabalho. Nessa hipótese, entende-se, com total respaldo doutrinário e legal, que houve uma transformação do contrato, que passa a ser por prazo indeterminado, no interesse da conservação do vínculo. Há outras figuras semelhantes ou aplicações iguais. Se as partes fazem sucessivos contratos a prazo formando-se uma cadeia, as leis fulminam, salvo expressas exceções, tal possibilidade para determinar imperativamente que o contrato é um só, já que há limitações de prorrogação do contrato a prazo.

Converte-se também em relação de emprego com a empresa tomadora ou cliente o vínculo jurídico iniciado como trabalho temporário contratado com uma empresa especializada, desde que, ultrapassado o limite máximo de 90 dias, o mesmo "temporário" permaneça prestando serviços na mesma tomadora. O contrato, que antes era de uma natureza, contrato de trabalho temporário caracterizado pela dualidade de liames, um de caráter civil entre as duas empresas, a de trabalho temporário e a tomadora, outro trabalhista, entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador, modifica-se. Passa a ser, sem qualquer outra causa a não ser o prosseguimento da situação de fato, consistente na prestação do serviço além dos limites de tempo fixados pela lei, relação de emprego com o tomador que assalaria.

Transforma-se ainda o contrato de experiência em contrato a prazo indeterminado, prosseguindo o vínculo após o prazo de experiência, não havendo necessidade de mais nada para essa modificação, nem se considerando que o contrato de experiência é separado, distinto, incomputável. Ao contrário, todo o tempo será considerado na antiguidade do empregado, inclusive o de experiência, sem nenhum prejuízo aos seus direitos, que são contados desde o dia inicial.

Preservam o contrato, de outro lado, algumas das aplicações da teoria da irretroatividade das nulidades. Essa teoria pode ser resumida dizendo-se que, no direito do trabalho, as nulidades que existem quer por incapacidade do agente, quer por outras circunstâncias que poderiam, se aplicados os mesmos conceitos do direito comum, trazer a ineficácia do vínculo, só produzem efeitos a partir da sua declaração, respeitando-se inteiramente os atos já praticados e respectivos direitos. Se a lei proíbe que o menor de 14 anos seja empregado, nem por isso ele deixará de ter os direitos trabalhistas se ingressar com ação em juízo, uma vez que a sua incapacidade para ser parte do contrato de trabalho não terá o efeito de acarretar-lhe prejuízos. Todos os direitos previstos em lei estarão ressalvados, como os salários, 13º salário etc.

A teoria das nulidades ainda não encontrou a sua completa elaboração, de modo que são evidentes as falhas de natureza técnica que pode apresentar. Porém, todos estão de acordo quanto à necessidade da sua afirmação, para que não se estimule o enriquecimento ilícito.

Recebeu contribuições valiosas de Hueck-Nipperdey, Rouast e Durand, Krotoschin, Mario de la Cueva, Cabanellas, Egon Felix Gottschalk[109]. É inaplicável a teoria do direito civil ao direito do trabalho, tendo em vista as peculiaridades deste e as características especiais de que se reveste o contrato de trabalho, sua permanência no tempo, a posição do trabalhador e a necessidade de um sentido social nas suas esquematizações jurídicas. Todavia, não é de boa técnica afastar os esquemas que já foram traçados, de modo que também em nossa disciplina a nulidade deve incluir a análise dos mesmos problemas — agente capaz, objeto lícito, forma legal — à luz de uma ideologia nova. O princípio fundamental da irretroatividade das nulidades no contrato de trabalho é válido para que permaneçam os seus efeitos normais, já que não há meios de devolver às partes a situação anterior entregando-lhes o que prestaram, especialmente a energia de trabalho que o empregado despendeu, com o que seria iníquo invalidar ou não reconhecer efeitos obrigacionais para uma parte, o empregador, quando outra parte, o empregado, já prestou a sua obrigação, que é o trabalho. Há

109. Amauri Mascaro Nascimento, *Compêndio de direito do trabalho*, 2. ed., São Paulo, LTr/EDUSP, 1976, p. 319.

casos extremos nos quais, mesmo prestado o trabalho, nem todos os direitos trabalhistas podem ser reconhecidos, ou melhor, não devem ser assegurados, como nos casos de trabalho imoral ou de fins ilícitos. A inobservância de forma deve redundar em soluções que não desatendam a mesma preocupação fundamental de proteção ao trabalhador. Seria premiar o infrator não reconhecer, por exemplo, direitos do menor aprendiz porque não foi feito um contrato escrito de aprendizagem. O sentido e a exigência da forma no direito do trabalho devem ser criteriosamente compreendidos sempre com vistas aos fins especiais desse ramo do direito.

Não se descuidou do problema Manuel Carlos Palomeque Lopez[110], que, partindo do princípio da conservação do negócio jurídico como reflexo da autonomia privada e compreendendo-o como regra de hermenêutica para os contratos de trabalho, sustenta a nulidade das cláusulas contrárias às normas imperativas ou proibitivas e a sua substituição automática pelas disposições destas que se integram no contrato no lugar das cláusulas nulas.

No direito português, segundo Lobo Xavier, o contrato de trabalho pode ser afetado por vícios que contendam com a sua validade jurídica, como a falta de capacidade do trabalhador, a ilicitude do objeto da prestação do trabalho, sendo suscetível de ser anulado ou nulo, nos termos gerais do Código Civil.

Prefere-se falar em invalidade e não em nulidade, que provoca uma forma especial de extinção do contrato de trabalho, à qual se ajustam determinadas reparações indenizatórias em favor do contraente de boa-fé. Todavia, no caso de contrato de trabalho em que a atividade seja contrária à lei, à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes, o contraente ou contraentes que tiverem conhecimento desse vício perderão as vantagens legais.

Na França, como ensina Javillier, a nulidade é de ordem pública; a lei garante estrangeiros admitidos sem o preenchimento das condições legais para o trabalho quanto às regras sobre duração do trabalho, repouso, férias, higiene e segurança, salário mínimo e aviso prévio (*Code du Travail*, L. 324-14). No caso de ruptura do contrato do trabalhador

110. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, Technos, 1975.

clandestino é assegurada a este uma indenização reduzida, igual a um mês de salário, qualquer que seja o seu tempo na empresa, salvo aplicação de vantagens maiores previstas em convenções coletivas (*Code du Travail*, L. 341-6-1, al. 2, 2º).

Na Espanha, como mostram Valverde, Gutiérrez e Múrcia, o descumprimento de normas reguladoras dos elementos e requisitos do contrato de trabalho pode levar à declaração da sua nulidade ou inexistência, mas sem a produção de certos efeitos jurídicos que seriam peculiares à luz da teoria do direito comum. Podem surgir situações de prestação efetiva do trabalho correspondentes a um contrato de trabalho declarado nulo, dispondo o Estatuto do Trabalhador, art. 9.2, que, "em caso de que o contrato resultasse nulo, o trabalhador poderá exigir, pelo trabalho que tiver prestado, a remuneração correspondente a um contrato válido".

Acrescentam que a nulidade pode afetar não a todo o contrato, mas a uma parte dele, daí declarar o mesmo diploma legal (art. 9.1) que, "se resultar nula só uma parte do contrato, este permanecerá válido no restante". As cláusulas nulas são substituídas pelos preceitos jurídicos adequados.

No Brasil, os estudos direcionaram-se principalmente para o salário nos contratos de trabalho. Catharino sustenta a subsistência do salário apesar da nulidade do contrato. Egon Felix Gottschalk afirma que a nulidade do contrato de trabalho deixa permanecer a relação de trabalho como situação jurídica *sui generis*, não privando o empregado de sua qualidade e, destarte, dos correspondentes direitos. Orlando Gomes entende que, se o interesse privado do empregado é ferido ou lesado, não há nulidade de pleno direito, mas nulidade dependente de rescisão; simplesmente anuláveis são as declarações de vontade que não correspondem às exigências legais. Já Evaristo sustentou que, "se da ilicitude do ato, isto é, do destino da prestação do trabalho, tinha pleno conhecimento o empregado, não poderá mais tarde pleitear em Justiça os direitos (salário, indenização etc.) que dela pudessem decorrer". Há diversas outras contribuições das mais valiosas, aqui não mencionadas por brevidade.

Se o direito do trabalho utilizasse critérios do direito civil estaria permitindo uma solução injusta, daí não ter a incapacidade trabalhista

os mesmos efeitos, por força de três principais ordens de consideração: primeira, o princípio do enriquecimento sem causa; segunda, a irretroatividade das nulidades; terceira, a impossibilidade de restituição das partes do contrato de trabalho ao *statu quo ante*.

Fundamental é o direito do trabalho equacionar os problemas atinentes à questão, e que são de mais de uma ordem. Primeira, a distinção, que é clara, entre os efeitos das declarações de vontade do empregador e as do empregado, aquelas suscetíveis da aplicação da teoria dos vícios dos atos jurídicos, erro, dolo, coação e fraude, sendo conhecida a teoria da nulidade da dispensa arbitrária para o efeito de reparações ou reintegrações. Segunda, quanto à simulação, os mesmos efeitos repercutindo sobre ambas as partes. Terceira, a diferença entre nulidade do contrato, dificilmente configurável diante da existência da relação de emprego, sendo uma das exceções o contrato de trabalho de objeto ilícito como o desenvolvido para o narcotráfico, e a nulidade de partes do contrato. Quarta, a distinção entre objeto ilícito e trabalho ilícito no contrato de objeto ilícito, como na conhecida situação dos músicos de cassino de jogos, onde estes são proibidos pela lei, ou de massagistas de falsas casas de massagens. Quinta, a distinção entre trabalho ilícito e trabalho proibido, quanto a este sendo plenas as reparações, como no caso do trabalho do menor em atividades insalubres. Sexta, a diferença entre contrato de trabalho inexistente e contrato de trabalho existente mas eivado de nulidade ou passível de anulabilidade, porque naquela hipótese não há direitos trabalhistas decorrentes, mas nesta haverá. Sétima, a verificação da necessidade de conceituar com efeitos diversos nulidade, anulabilidade e invalidade, o que nos parece mais questão semântica no âmbito das relações de trabalho.

Finalmente, a conservação do contrato é mantida por meio da figura das transformações subjetivas, isto é, a alteração do sujeito-empregador sem prejuízo da eficácia da relação jurídica e dos direitos do empregado. Assim, havendo "sucessão de empresa" ou alteração na sua estrutura jurídica, o tempo de serviço é respeitado e os direitos do trabalhador são mantidos, em nada influindo a modificação consistente na alienação da empresa ou alteração dos seus sócios, na vida do vínculo jurídico.

Essas medidas são conhecidas, os seus estudos cada vez mais se desenvolvem e as legislações se aprimoram, tudo no sentido do resguardo do contrato de trabalho.

12. Subcontratação

O *subcontrato* é um contrato que nasce de outro, derivado de um contrato principal que é a sua causa geradora, para transferir a terceiro obrigações que originariamente seriam pertinentes à esfera do contrato original e aos seus sujeitos, tendo o direito e a obrigação contidos nesse contrato derivado um limite, como assinala Venosa (*Direito civil,* 2003), o direito contido no contrato-base cuja extensão não pode ser ultrapassada.

No direito do trabalho fala-se em terceirização.

Em obra monográfica sobre o tema no direito comum, o jurista português Martinez (*O subcontrato*) o define como "o negócio jurídico bilateral, pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advém, estipula com terceiro, quer a utilização, total ou parcial, de vantagens de que é titular, quer a execução, total ou parcial, de prestações a que está adstrito".

Alice Monteiro de Barros, em *A terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho*, T&P, n. 4, mar. 1995, p. 3-8, afirma que "o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal; esta se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio". José Augusto Rodrigues Pinto (*Curso de direito individual do trabalho*) assim se pronuncia: "O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviço de apoio empresarial, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio".

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação.

O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, nem poderá haver controle de horário, e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. O controle deverá ser feito pela empresa interposta.

Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-originário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato-derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas que também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.

Como se vê, a ideia central da subcontratação é a de um segundo contrato com sujeitos diferentes, e que, no entanto, em alguns casos, embora pelo lado patronal tenha um sujeito empregador diferente, no lado trabalhista pode ter como sujeitos trabalhadores que foram empregados do contratante original ou, mesmo não os tendo, que tenha por objeto uma atividade econômica que é deslocada para o âmbito do contrato-derivado em detrimento das garantias do trabalhador.

De qualquer modo, o seu núcleo conceitual está em transferir algo de dentro para fora da empresa contratante-originária.

Necessárias são algumas apreciações conceituais.

Terceirização e *cadeia produtiva* são aspectos diferentes, e a relação entre ambas está na mesma proporção do gênero e da espécie, uma vez que esta é a sequência total da trajetória de um produto desde a sua origem primária até o seu consumo, o que abrange diversas etapas, passando da indústria para o comércio e deste para o adquirente, o que envolve a participação dos mais diferentes setores da atividade econômica de produção, distribuição e venda, como a de um produto de alimentação.

Exemplo: o proprietário rural engorda a boiada, vende-a para o frigorífico, que abate o animal e o transforma em peças que serão vendidas para os mais diferentes adquirentes no País ou fora dele, cada

qual lhe dando destinação diversa, como a de um açougue, onde será comprada em pedaços menores por alguém. Este, por sua vez, se proprietário de um restaurante, transformá-lo-á para o consumo em mesa; se outra indústria, poderá acondicioná-lo em enlatados que irão para o supermercado, e assim por diante. Na cadeia produtiva o que circula é exclusivamente o produto e na terceirização é uma atividade econômica correspectiva a trabalhadores, pressupondo a transferência do contratante para o subcontratante, da mesma ou de parte da atividade objeto do contrato-base.

Subcontratação pode ter outro significado. Quando um capataz é contratado para, por sua vez, contratar seus auxiliares é possível, também, falar em subcontratação.

Terceirização e *intermediação de mão de obra* não são figuras idênticas. A terceirização pressupõe um movimento interno no sentido externo. A intermediação é a comercialização, por alguém ou por uma pessoa jurídica, da atividade lucrativa de aproximar o trabalhador de uma fonte de trabalho, o que é condenado pelos princípios internacionais de proteção ao trabalho. As agências de colocação de serviços fazem a intermediação. Quando essas agências são públicas não sofrem nenhuma contestação. As agências privadas, no entanto, são, sob a perspectiva do direito internacional do trabalho, recebidas com reservas. Precariza-se a intermediação quando o intermediário é uma pessoa física que coopta o trabalho de pessoas sem qualificação profissional numa região do País para trabalhar no meio rural de outra região.

Prestação de serviços, matéria também regulada pelo Código Civil (art. 593), é outro tipo de contrato, mas que dá forma à subcontratação, pois esta também é um contrato, só que derivado. Tem por objeto toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, mediante remuneração, excluída a relação de emprego, com o que, diante da prestação de serviços de pessoa física para jurídica ou física, examinar-se-á, prioritariamente, a presença ou ausência da tipificação trabalhista (CLT, arts. 3º e 2º), restando, como prestação de serviços, somente aquela que não é exercida mediante subordinação e sob o poder de direção do beneficiado.

Pode existir um contrato de prestação de serviços no qual o prestador é pessoa jurídica e os serviços são destinados a pessoa física, o

que, aliás, é comum, como no caso dos serviços prestados por uma empresa de turismo. Pode haver, também, um contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas que efetivamente existam como organização, como no denominado contrato de trabalho temporário, entre a empresa de trabalho temporário e a empresa utilizadora dos seus serviços, o que, a rigor, não configura violação da lei porque é por esta autorizado.

A CLT, art. 455, permite a *subempreitada*. Logo, autoriza, também, a *empreitada*. Sem esta não poderia haver aquela. *Empreitada* (CC, arts. 610 a 626) e *subempreitada* são contratos de resultados. Não há direção do trabalho do pessoal do empreiteiro ou subempreiteiro pelo contratante. O objeto desse contrato não é o modo como o trabalho é prestado, a atividade. É o produto da atividade, o resultado, não podendo o contratante dirigir ou subordinar o pessoal contratado. Outro contrato admitido, há longo tempo, pelo ordenamento jurídico, é a *parceria* agrícola ou pecuária, figuras que no Código Civil de 2002 desapareceram, com o que ambas são contratos de sociedade (CC, art. 989). A *parceria* agrícola continua prevista, no entanto, pelo Estatuto da Terra. Se o prestador de serviços for subordinado, haverá relação de emprego rural, e o trabalhador terá os direitos previstos pela legislação específica que rege os contratos de emprego rural.

Há legislação sobre representação comercial autônoma (Lei n. 4.886, de 1965); autorização aos bancos para usar serviços de segurança prestados por empresas particulares, daí surgindo a legalização da terceirização da segurança bancária (Decs.-leis ns. 1.212 e 1.216, de 1966); permissão para a contratação de funcionários por meio de agências de colocação (Dec. n. 62.756, de 1968); segurança para estabelecimentos bancários (Dec.-lei n. 1.034, de 1969); funcionamento das empresas de trabalho temporário e dos contratos de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 1974); serviços de vigilância e transporte de valores no setor financeiro (Lei n. 7.102, de 1983); contratação, pela Administração Pública, de prestação de serviços para obras públicas ou de natureza especializada (Dec.-lei n. 200, de 1967, alterado pelo Dec.-lei n. 2.300); contratação, pela Administração Pública, de serviços de limpeza (Lei n. 5.645, de 1970); obrigatoriedade de depósitos no FGTS de seus empregados, pelas empresas locadoras de mão de obra (Lei n. 8.036, de 1990, art. 15) e de terceirização no setor de telecomunicações (Lei n. 9.472, de 1997, art. 94).

Especificamente com relação à terceirização de instituições financeiras, alguns critérios vêm sendo definidos pela jurisprudência.

É o caso dos bancos para serviços como telemarketing, microfilmagem e arquivamento de documentos, compensação bancária, abertura de envelopes e conferência de valores, captação de clientes e realização de cadastro, transporte de valores, digitação, limpeza, vigilância, manutenção elétrica e hidráulica, processamento de dados. O grupo econômico bancário descentralizou-se, incluindo empresas de diferentes atividades: banco, financeira, correspondente bancário, prestadoras de serviços, distribuidoras de valores, corretoras de valores mobiliários, seguradoras, cada qual com a sua personalidade jurídica, com autonomia jurídica, uma vez que assim dispõe a lei (CLT, art. 2º, § 2º).

A STST n. 256, aprovada pela Resolução Administrativa n. 4, de 4 de setembro de 1986, adotou o princípio da enumeração taxativa autorizante de duas formas de subcontratação, o trabalho temporário e de serviço de vigilância (Leis ns. 6.019, de 3-1-1974, e 7.102, de 20-6-1983) e considerou "ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços". Foi cancelada e substituída pela STST n. 331, que seguiu outro critério, não mais taxativo mas *genérico-finalístico*, tendo como referencial o fim da contratação.

Suas disposições, em resumo, são as seguintes: ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3-1-1974); legalidade da contratação terceirizada de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20-6-1983), de conservação e limpeza, bem como a de *serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador,* desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta; responsabilidade solidária, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, entre o empregador — no caso o terceiro — e o tomador dos serviços — no caso o contratante de terceiro — quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Desse modo, a jurisprudência adotou o *princípio teleológico* da *conceituação genérica*, abandonando a enumeração taxativa das hipó-

teses autorizadas — trabalho temporário e vigilância. A regra geral passou a ser não mais a proibição, com exceções, mas, ao contrário, a autorização geral, desde que preenchido um requisito, a *finalidade da atividade terceirizada*, qualquer que fosse a sua natureza, e não mais a natureza da mesma. Assim é que, em se tratando de atividades cujo fim é o apoio, a instrumentalidade do processo econômico, a atividade-meio, nada impede a terceirização. Se, no entanto, tratar-se de atividade não de apoio mas finalística da empresa, é desautorizada.

O Ministro do TST Vantuil Abdala, em seu artigo "Terceirização: atividade-fim e atividade-meio — responsabilidade subsidiária do tomador de serviço", *LTr*, maio de 1996, observa: "É verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividade-fim e atividade-meio e muitas vezes estar-se-ia diante de uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra. Quando tal ocorrer e a matéria for levada a juízo ficará ao prudente arbítrio do juiz defini-la. E fá-lo-á, naturalmente, levando em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização; a concentração de esforços naquilo que é vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos".

Portanto, terceirização é um *conceito relativo* e que não transparece a não ser comparando-se, no caso concreto, o que duas empresas, a contratante e a contratada, fazem.

Pode-se, no entanto, conceituar, de modo simples, atividades-meio como aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante, e atividades-fim como aquelas que coincidem. Se um estabelecimento bancário contrata empresa de serviços de vigilância, trata-se de contratação de atividades-meio, mas, se contrata empresa de serviços de caixa, trata-se de atividade-fim. Se um colégio se vale de empresa de limpeza, a atividade contratada é meio, mas, se contrata empresa de professores, a situação caracteriza-se como contratação de atividade-fim, porque as aulas são a finalidade do colégio.

Como se vê, a ideia central é a de um segundo contrato, que, no entanto, em alguns casos, embora pelo lado patronal tenha um sujeito empregador diferente, no lado trabalhista pode ter como sujeitos trabalhadores que foram empregados do contratante original ou, mesmo não os tendo, que tenha por objeto uma atividade econômica que é deslocada para o âmbito do contrato-derivado.

De qualquer modo, o núcleo conceitual está em transferir um movimento que parte de dentro para fora da empresa contratante-originária e que pode ter como forma jurídica o contrato de prestação de serviços do direito civil.

As empresas têm terceirizado em hipóteses mais amplas, e em alguns casos assumem riscos, extrapolando a área na qual é possível terceirizar, que é a das *atividades-meio*, fato inevitável, insuficiência do referido critério, pois há atividades coincidentes com os fins principais da empresa que são altamente especializadas e, como tal, justificar-se-ia plenamente, nelas também, a terceirização. O processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico.

De outro lado, nem sempre é clara a diferença entre atividades-meio e atividades-fim. Têm sido terceirizados, por exemplo, serviços de: alimentação, conservação patrimonial e limpeza, segurança, manutenção predial e especializada, engenharia, arquitetura, manutenção de máquinas e equipamentos, oficina mecânica para veículos, frota de veículos, transporte de funcionários, mensageiros, distribuição interna de correspondência, ordem jurídica, assistência médica, digitação, processamento de dados, distribuição e outros.

Sobre o que é *atividade-meio na visão da Justiça do Trabalho*, por se tratar de conceitos que surgiram com a STST n. 331, não houve, ainda, elaboração sedimentada pela jurisprudência, tudo dependendo de cada caso concreto. Há, isso sim, algumas poucas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, nas quais o tema, embora não diretamente enfrentado, é analisado para admitir-se a terceirização, portanto a atividade-meio nos casos de: trabalho temporário (Lei n. 6.019); serviços de vigilância, de conservação e limpeza e serviços especializados (STST n. 331); transporte, custódia, manutenção de elevadores e outros assemelhados (TST, E-RR, SDI, Ac. 2.452/89, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, *DJ* de 3-11-1989, p. 16639); fornecimento de refeições (TST, RR n. 2.199/83, 1ª T., Ac. 3.137/84, Rel. Min. Fernando Franco, *DJ* de 11-10-1984). Mas não se deve encarar essa enumeração como taxativa, porque não é, não passando de mera referência a situações nas quais já houve pronunciamentos admitindo a terceirização.

Melhor critério seria permiti-la para atividades especializadas e coibi-la nos casos de fraude.

Há uma linha crescente de abrandamento do TST sobre terceirização. Já foi admitida a terceirização pelo TST quando não há *exclusividade* dos serviços prestados pela empresa contratada (*v. LTr, 56-7*:867, jul. 1992). A STST n. 282 admite atestado médico de entidade convenente (terceirização de serviços médicos). Diante das novas diretrizes da STST n. 331 a tendência será o elastecimento das possibilidades, afastando-se a orientação restritiva que decorria da STST n. 256 e suas influências nos julgamentos da Justiça do Trabalho, o que a levou a uma primeira posição limitativa.

A diversificação de situações e de processos produtivos é inevitável como também o é a divisão do trabalho.

Exemplos: uma indústria de automóveis monta veículos mediante o fornecimento de terceirizados, as indústrias menores de autopeças, no que não se pode ver fraude por se tratar de terceirização de serviços produtivos especializados. Uma loja comercial não pode terceirizar os vendedores internos porque estaria subcontratando sem justificação de especialização. Um proprietário rural pode contratar um tratorista para revolver as terras, preparando-as para a plantação de sementes, assim como um *cerqueiro* para consertar cercas quebradas que permitem a fuga do gado. Um *shopping center* sob a forma de condomínio comercial pode subcontratar serviços de segurança e, mediante concessão, dar a terceiros a exploração do estacionamento de veículos dos frequentadores do local. Uma instituição financeira pode subcontratar serviços médicos, de vigilância, de transferência de valores bancários. Uma empresa de telecomunicações pode valer-se de terceiros para serviços de construção civil necessários para a sua rede.

Esses casos mostram a impossibilidade de impedir novas formas descentralizadas de produção de bens e prestação de serviços e a inadequação de um sistema legal taxativo ou limitativo, melhor sendo um conceito geral, deixando-se a critério do juiz a avaliação do caso concreto.

É um fenômeno contemporâneo e natural de um sistema produtivo de descentralização das atividades econômicas, que não se confunde com rede produtiva, que tem dimensão maior, e não deve ser ilícita a não ser nos casos de fraude aos direitos trabalhistas.

A responsabilidade subsidiária do contratante em relação aos débitos trabalhistas do contratado e a isonomia salarial entre os empregados do contratante e do contratado podem atuar na defesa do trabalhador.

13. Classificação dos contratos de trabalho no sentido amplo

Há diversas formas de classificar um instituto jurídico. Tudo depende da escolha do melhor ângulo para considerá-lo, daí por que, na realidade contemporânea, não é mais possível a dicção singular *contrato individual de trabalho.* É preferível a plural, *contratos de trabalho*, uma consequência da diversidade de modelos e as formas como surgiram e continuam a surgir os contratos de trabalho na experiência estrangeira e brasileira contemporânea.

No direito do trabalho tradicional não foi esta uma questão prioritária, porque havia um padrão contratual único: o operário da fábrica do início da industrialização, forma única de vínculo de emprego, que não oferecia margem para outras configurações dogmáticas. O tema durante muito tempo não foi, e para alguns continua não sendo, uma questão doutrinária e legal. Essa concepção unitária resumiu-se ao estudo do contrato do empregado, seus sujeitos, seu objeto e pouco mais, o que se devia ao modelo que existia e que era um só. Raras exceções apareciam, entre as quais o contrato a prazo e o do aprendiz.

Com as sucessivas modificações pelas quais passou o processo de produção de bens e prestação de serviços — taylorismo, fordismo, toyotismo e as formas contemporâneas descentralizadas e amoldadas à tecnologia –, os ordenamentos jurídicos sentiram a necessidade de as acompanhar, criando formas contratuais novas que se diversificam nas leis contemporâneas — teletrabalho, centros de informação, terceirizações, tempo parcial, abrandamento da subordinação — e tensionaram a teoria do direito do trabalho, para ser real, a dividir os tipos de contratos de emprego e, além destes, os tipos de contratos de trabalho sem relação de emprego.

Passou a ficar mais claro que as formas de produção refletem sobre os tipos de contratos de trabalho.

Diante de um quadro bastante diversificado, preferível será a seguinte classificação, consideradas a natureza e a finalidade do contrato: 1) contrato de emprego a tempo pleno e duração indeterminada, que é o tipo padrão; 2) contratos especiais de emprego, resultado da conjunção de fatores como a duração no tempo, a duração da jornada de trabalho e a profissão exercida pelo empregado; 3) contratos flexíveis de emprego, que são os que rompem com os padrões tradicionais; 4) contratos de formação profissional, que são os de tirocínio e de aquisição de experiência profissional; 5) contratos de trabalho sem vínculo de emprego, como o do eventual, o do autônomo e outros.

A classificação dos contratos de emprego pode comportar diversas subdivisões, tantos são os seus aspectos.

Quanto à forma de constituição, são expressos ou tácitos, aqueles se subdividindo em verbais e escritos. Quanto ao local, no estabelecimento do empregador ou comitente, ou no caso de serviços, externos, como no caso dos vendedores, ou em domicílio quando são executados na residência do próprio empregado. Quanto à finalidade da atividade do empregador, ela pode ser rural, urbana ou doméstica. Quanto ao número de empregados na contratação, há relações *individuais* e *plúrimas*, estas denominadas *contratos de equipe*.

Capítulo IX

Contrato de emprego: sujeitos e formação do contrato

§ 42. Do empregado

Sumário: 1. Definição. 2. Capacidade. 3. Cargos e funções.

1. Definição

Os contratos de emprego sempre têm como sujeitos o empregado e o empregador, qualquer que seja a sua especificidade, regra que se aplica tanto ao contrato comum de tempo pleno e duração indeterminada como aos demais, que são os contratos especiais de trabalho.

Nem todas as leis trabalhistas dos países industrializados ou emergentes definem *empregado*, o que mostra que não há unanimidade sobre o tema, o que já foi assinalado pelo direito do trabalho clássico, como observaram Borsi e Pergolesi ao mostrarem, no *Trattato di diritto del lavoro,* que não é fácil definir empregado por se tratar de questão de caso concreto, a ser equacionada pelas decisões judiciais. Outras indicam elementos constitutivos da tipificação da figura. Há países nos quais cabe à jurisprudência avaliar a situação objetiva, de acordo com as provas produzidas no processo judicial, para dar o devido enquadramento jurídico ao contrato entre aquele que presta serviços e o comitente ou empregador que os recebe.

No Brasil, os arts. 3º e 2º da CLT contêm os elementos necessários para a sua definição. De acordo com o art. 3º da CLT, "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário", e o art. 2º dispõe que é "empregador a empresa, individual ou coletiva,

que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços", equiparando à empresa instituições ou atividades sem fins lucrativos.

Os dispositivos merecem ser modernizados porque foram elaborados para determinado tipo de processo produtivo e de relação de emprego do operário da fábrica, enquanto na sociedade industrial as situações que todo dia aparecem para julgamento da Justiça do Trabalho, nas quais se procura enquadrar o vínculo jurídico num modelo contratual, são as mais variadas e inovadoras.

Os principais pontos que não mais correspondem às necessidades das relações de emprego contemporâneas são os que não se distanciam do contrato a tempo pleno e duração indeterminada e os que se referem aos elementos fundamentais indicativos do modo como o trabalho é prestado para que se caracterize como vínculo de emprego.

Por exemplo, a lei excepcionou do contrato de emprego o *trabalho eventual,* sem dar indicativos para que se conclua em cada caso concreto quando estamos ou não diante de um desses casos, o que tem causado discussões jurídicas que se prolongam para saber o que é eventualidade ou ineventualidade. Melhor seria criar dispositivos sobre esse tipo de contrato que a lei considera eventual.

A palavra *dependência* pode ser usada em mais de um sentido: o econômico, o técnico e o jurídico, este por mera ilação, mas o provável é que a lei quis se referir à dependência econômica do empregado. Há dependentes econômicos não empregados, como eventuais e autônomos de baixa renda, e o vocábulo *dependência* foi substituído, pela doutrina e pela jurisprudência, por subordinação, continuando a lei, no entanto, do mesmo jeito.

A expressão *empresa individual ou coletiva,* que está no texto da lei, sofre críticas.

Entende-se por empresa coletiva a pessoa jurídica, e por empresa individual a pessoa física que exerce uma atividade organizada com empregados. Empregador é a pessoa física ou jurídica — é a crítica de Süssekind.

No conceito de empregador destaque-se a expressão *que dirige a prestação pessoal de serviço*, da maior importância. Traduz a pessoa-

lidade da pessoa física que trabalha em relação à qual o contrato foi pactuado e não o de outrem; razão pela qual o contrato de emprego é indelegável a terceiro.

Essa referência mereceria estar na definição de empregado, e não na de empregador.

Definimos empregado levando em conta esses dados:

Empregado é a pessoa física que com pessoalidade e ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário.

Se todo empregado é necessariamente trabalhador, nem todo trabalhador será sempre empregado, porque esta palavra tem um sentido técnico-jurídico próprio e está reservada para identificar um tipo especial de pessoa que trabalha.

Em princípio, empregado poderá ser:

a) Toda pessoa física, excluindo-se, portanto, a pessoa jurídica, porque esta jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços. Seria impróprio cogitar, por exemplo, da aplicação de leis de salário mínimo, de duração diária de trabalho, de riscos profissionais às pessoas jurídicas, como lembra Mario de la Cueva. Assim, o empregado terá de ser forçosamente uma pessoa natural, como sustentam Manuel Alonso Olea, Cabanellas, Paul Durand, Mario de la Cueva, Nikisch, Kaskel, Barassi, Greco, Zanobini etc. Ainda que o contrato seja por *equipe*, como no caso do maestro que contrata pela orquestra que dirige, visa-se a proteção jurídica de cada componente do grupo individualmente considerado.

b) A pessoa física que prestar serviços subordinadamente, isto é, que exercer uma atividade profissional sob o poder de direção de outrem.

c) Pode ser empregado alguém de qualquer condição pessoal, seja brasileiro ou estrangeiro, maior ou menor, homem ou mulher, observadas certas proibições ou normas de capacidade.

d) É componente doutrinário da figura um elemento subjetivo, o *animus contrahendi*, isto é, o propósito de trabalhar para outrem como

empregado e não com outra finalidade, como seria no caso do trabalho cívico, religioso, assistencial ou por mera amizade.

e) Outro elemento da definição é a continuidade do trabalho para a mesma fonte — trabalho não eventual, mas a continuidade pode estar presente em outros contratos, como o do autônomo.

f) O salário é outro requisito, este sim de natureza fundamental, porque não se configura contrato de emprego quando o trabalho é gratuito, sem remuneração.

g) Exclusividade não é elemento fundamental, podendo coexistir contrato de emprego com ou sem exclusividade, dependendo do pactuado.

Os autores definem de maneira mais ou menos uniforme a figura do empregado.

Fazem-no, no entanto, utilizando, indiscriminadamente, as expressões "empregado" e "trabalhador", quando se sabe que, dentro de um critério rigoroso, trabalhador é um gênero de que empregado é uma das espécies.

Vejamos algumas dessas definições:

1. Ramirez Gronda (*Tratado de derecho de trabajo*, dirigido por Deveali, Buenos Aires, 1964, v. 1, p. 433): "No sentido da nossa ciência, é um trabalhador (empregado ou obreiro) só o que normalmente vive prestando para outro sua atividade profissional, em troca de um salário, sem que nada tenha que ver com os prejuízos que possam sobrevir ao empresário".

2. Manuel Alonso Olea (*Introdução ao direito do trabalho*, trad., Ed. Sulina, 1969, p. 150): "O trabalhador é a parte que assume a obrigação contratual de ceder os resultados de seu trabalho à outra parte".

3. Cabanellas (*Compendio de derecho laboral*, Ed. Omeba, 1968, v. 1, p. 352): "Trabalhador é a pessoa física que por contrato obriga-se com a outra parte — patrão ou empresário — a prestar subordinadamente e com certa continuidade um serviço remunerado".

4. Dorval Lacerda (*O contrato individual de trabalho*, Saraiva, 1939, p. 32): "Trabalhador é todo indivíduo que executa trabalho para outra pessoa, denominada empregador ou patrão, sob sua dependência, em troca de remuneração".

5. José Martins Catharino (*Compêndio universitário de direito do trabalho*, São Paulo, Ed. Jurídica Universitária, 1972, p. 181): "Empregado é o trabalhador a serviço de outra pessoa em virtude de uma relação de emprego, privada e não esta-

tutária. Não o é o trabalhador que põe sua força de trabalho a serviço de outra pessoa em virtude de uma relação jurídica de outra espécie".

Nem todas as legislações trabalhistas definem o empregado. Das poucas que o fazem, destacaremos a argentina, a mexicana, a brasileira e a portuguesa:

1. Definição da lei argentina (Lei n. 20.744, de 1974): "Considera-se trabalhador para os fins desta lei, a pessoa física que se obrigue a prestar serviços nas condições previstas pelos arts. 23 e 24 desta lei, quaisquer que sejam as modalidades da prestação" (art. 27). "Há relação de trabalho quando uma pessoa realize atos, execute obras ou preste serviços em favor de outra, sob a dependência desta em forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem" (art. 24). O art. 23 da lei refere-se ao prazo determinado e indeterminado.

2. Definição da lei mexicana (art. 8º da Lei de 1972 e 1974): "Trabalhador é a pessoa física que presta a outra, física ou jurídica, um trabalho pessoal subordinado".

3. Definição da lei brasileira (CLT, art. 3º): "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual".

4. Definição da Lei de Portugal (Código do Trabalho, Lei n. 99/2003, art.10): "Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, sob a autoridade e direção destas".

Na definição legal brasileira estão os seguintes requisitos da figura do empregado: a) pessoa física; b) subordinação compreendida de forma mais ampla que dependência; c) ineventualidade do trabalho; d) salário; e) pessoalidade da prestação de serviços, esta resultante não da definição de empregado, mas de empregador.

A realidade social subjacente ao contrato de trabalho é o trabalho do ser humano.

Entretanto, o ato de trabalhar praticado pelo homem assume, por sua vez, aspectos diferentes.

Camerlynck[1] salienta como um dos caracteres da execução da prestação de serviços a *pessoalidade*. Frisa que o caráter pessoal da obrigação do empregado decorre da natureza mesma das relações do

1. *Traité de droit du travail*; contrat de travail, Dalloz, 1968.

trabalho e do *intuitu personae* que preside sua conclusão e sua execução. Mostra que embora o *Code du Travail*, da França, não tenha um dispositivo expresso nesse sentido, o *Code Civil*, no art. 1.237, estabelece que as obrigações de fazer não possam ser executadas por terceiros contra a vontade do credor. Assim, entende que o trabalhador não pode se fazer substituir por terceira pessoa sem o consentimento do empregador.

Riva Sanseverino[2] inclui a pessoalidade como uma obrigação do trabalhador: "Toda prestação de trabalho deve ser pessoalmente executada pelo trabalhador pelo qual é contratualmente devida; é esta a natural e imediata consequência do caráter fiduciário próprio do contrato de trabalho em geral e do contrato de locação de trabalho em particular".

O Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (Ac. 1.698/62, Rel. Juiz Hélio de Miranda Guimarães) decidiu que excepcionalmente o princípio da pessoalidade pode sofrer restrições, como se vê pela decisão cuja ementa transcrevemos a seguir:

> "Ocasionalmente, a prestação pessoal de serviços pode ser deferida a outrem, que não o empregado. Desde que haja pactuação expressa, o empregado, com o consentimento do empregador, pode se fazer substituir na prestação pessoal do serviço contratado. No entanto, quando a substituição se torna regra, passando o pretenso empregado a ser substituído de forma permanente, não há que se falar mais em nexo empregatício. Falta a pessoalidade do exercício. Desnatura-se o liame. O contrato perde a sua característica típica, que é a subordinação".

Também Manuel Alonso Olea[3] frisa o seguinte: "A prestação do trabalhador é estritamente personalíssima, e o é em duplo sentido. Primeiramente, porque pelo seu trabalho compromete o trabalhador sua própria pessoa, enquanto destina parte das energias físicas e mentais que dele emanam e que são constitutivas de sua personalidade à execução do contrato, isto é, ao cumprimento da obrigação que assumiu contratualmente. Em segundo lugar, sendo cada pessoa um indivíduo distinto dos demais, cada trabalhador difere de outro qualquer, diferindo também as prestações de cada um deles, enquanto expressão de

2. *Tratado de Borsi e Pergolesi*, 1939, v. 1, p. 246.

3. *Introdução ao direito do trabalho*, Ed. Sulina, 1969, p. 167.

cada personalidade em singular. Em vista disso, o contrato de trabalho não conserva sua identidade se ocorrer qualquer alteração na pessoa do trabalhador. A substituição deste implica um novo e diferente contrato com o substituto".

Pessoalidade, no entanto, é conceito que pode ter, como foi explicado, um significado mais amplo. Primeiro, e não só, o de *intransferibilidade ou infungibilidade,* por iniciativa unilateral do prestador, dos serviços a serem por ele prestados, próprio dos contratos *intuitu personae,* o que não é exclusivo da relação de emprego, porque é exigência também de alguns contratos de direito civil. Segundo, o de *indissociabilidade* entre o trabalhador e o trabalho que presta, porque o *quid* a prestar é a própria atividade da pessoa, o que mais destaca a singularidade do contrato de trabalho. Terceiro, o de *personalidade*, na medida em que, empenhando a própria pessoa no desenvolvimento do contrato de trabalho, o empregado deve ter a proteção legal de direitos básicos que protejam a esfera mais íntima do seu próprio ser, a sua moral e a sua dignidade. Quarto, o de *espírito de colaboração*, porque, apesar da luta de classes, se o trabalhador depende da empresa para a sua subsistência e se está inserido em sua organização, não pode deixar de cumprir um dever ético-jurídico de lealdade ao empregador.

Outro requisito, o *salário*, é por alguns doutrinadores estudado de modo mais amplo, como *onerosidade*.

Onerosidade *é um encargo bilateral próprio da relação de emprego*.

Significa, para o empregado, o dever de exercer uma atividade por conta alheia cedendo antecipadamente ao beneficiário os direitos que eventualmente teria sobre os resultados da produção, em troca de uma remuneração. Com efeito, frisa Manuel Alonso Olea que "a grande singularidade do trabalho como objeto de um contrato — e do direito do trabalho que tem o próprio contrato como núcleo — está em que, em tal trabalho, está inserido o sujeito que o executa. Este é o sentido jurídico da *alienação* que deriva do fato de trabalhar para uma terceira pessoa que, por força do contrato, possui um título prévio que torna exigível a prestação do trabalho e em virtude do qual faz seus os frutos dele resultantes, que careceriam de valor se considerados isola-

damente, em virtude da divisão do trabalho. Nisto consiste juridicamente a alienação do trabalho ou o trabalho por conta alheia"[4].

Assim, o empregado que originariamente teria como seus os frutos do seu trabalho, pelo contrato de trabalho transfere essa titularidade ao destinatário ou empregador recebendo uma retribuição, daí o caráter oneroso do trabalho regulamentado pelas normas jurídicas trabalhistas. De um lado, a denominada alienação ou trabalho por conta alheia, de outro lado, a remuneração ou salário pago porque há essa alienação.

Consequência prática é a impossibilidade de reconhecimento de contrato de trabalho sem salário.

Note-se, portanto, que o salário transfere, automaticamente, a propriedade sobre os produtos confeccionados pelo empregado, fenômeno que é denominado *alienação*.

Alienação significa a transferência do direito ao produto integral do trabalho, do empregado para o empregador, mediante o pagamento de um salário.

Para José Maria Guix[5] "o trabalhador, pela necessidade absoluta e imediata que tem de obter ingressos com os quais possa fazer frente às necessidades próprias e de sua família — já que não tem outros meios de subsistência ou, pelo menos, o salário é o principal — cede os direitos que eventualmente poderiam corresponder-lhe no produto futuro em troca de uma percepção presente, segura e estável que lhe garanta a empresa. Com isso, a parte eventual que corresponderia ao trabalhador ao final do ciclo produtivo fica assegurada contra o risco de não alcançar a produção os índices esperados ou o de que esta não seja vendida, venda-se tarde ou com prejuízos. Dessa forma, uma participação futura e incerta no produto troca-se por uma percepção presente e certa, com a qual o risco econômico direto se transfere para o fator capital. Em troca dessa segurança, regularidade e antecipação na percepção, é natural que o capital exija uma compensação ou parte proporcional, que se deduz do que corresponderia na hipótese de uma

4. *Introdução*, cit., p. 167.

5. *Curso de doctrina social*, BAC, p. 500.

participação final". Por essa cessão de direitos o empregado aufere um salário e porque o salário é fundamental no contrato de trabalho, como pagamento em troca do trabalho, diz-se que a relação jurídica trabalhista é onerosa.

Onerosidade quer dizer que só haverá contrato de trabalho desde que exista um salário, convencionado ou pago.

A doutrina italiana desenvolveu o conceito de *oportunidade* de ganho. O empregado não receberia diretamente do empregador, mas teria uma ocasião por este ensejada para que realmente se tornasse um profissional recebendo de terceiros. O exemplo típico é o da *gorjeta*, pois o empregador oferece ao *garçom* a chance de viver mediante o trabalho que presta no seu estabelecimento, ainda que sem a percepção de qualquer quantia em dinheiro do proprietário do negócio. No Brasil essa convenção seria impossível, porque, mesmo no caso das gorjetas, o empregador terá de remunerar o empregado diretamente com o salário mínimo ao menos.

Convém ressaltar, como já o fizeram Arnaldo Süssekind[6] e Délio Maranhão[7], que "não é a falta de estipulação do *quantum* do salário ou o seu pagamento sob a forma indireta, que desfiguram a condição de empregado, e sim a intenção de prestar o serviço desinteressadamente, por mera benevolência". Tanto assim que o art. 460, da CLT, dispõe: "Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante".

A jurisprudência também se tem pautado na mesma norma, como se depreende do seguinte acórdão:

"Não se configura a relação de emprego quando os serviços profissionais de um médico, prestados à sociedade de beneficência, são oferecidos com o caráter de gratuidade, sem o correspectivo monetário" (Ac. TST, Proc. 2.637/48, Rel. Delfim Moreira, *DJ* de 31-8-1949).

---

6. *Comentários à CLT e à legislação complementar*, Rio-São Paulo, Freitas Bastos, 1964, v. 1, p. 101.

7. *Instituições de direito do trabalho*, com Süssekind e Segadas Vianna, Rio-São Paulo, 1971, v. 1, p. 237.

Martins Catharino cita, como exemplos elucidativos de inexistência de onerosidade, portanto descaracterizadores da condição de empregado, o trabalho daquele que costura num asilo de órfãos, que integra turma de estagiários num hospital de fins beneficentes, que presta serviços religiosos numa igreja etc.

Conclua-se, portanto, que a onerosidade implica a reciprocidade de ônus a que estão sujeitas as partes do contrato de trabalho, essenciais para a sua existência, tanto assim que, se o salário não for pago pelo empregador nas condições legais e contratuais e se o trabalhador não prestar a sua atividade nos termos em que deve fazê-lo, pode ser rescindido o contrato, pela inexistência mesma de requisito fundamental de seu desenvolvimento.

Portanto, a onerosidade é a própria bilateralidade da relação jurídica de trabalho.

O trabalho de favor ou gracioso não pode, assim, caracterizar o vínculo de emprego, mesmo porque o direito do trabalho destina-se à regulamentação da atividade prestada por um profissional. Profissionalidade e onerosidade complementam-se, são indicativas da figura do empregado.

O trabalho pode ser prestado, quanto ao aproveitamento que dele fazem os seus destinatários, de duas maneiras fundamentalmente diversas: o *trabalho eventual* e o *trabalho não eventual*.

Eventual é o trabalho que, embora exercitado continuadamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles.

Assim, trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem patrão, sem empregador, porque o seu serviço é aproveitado por inúmeros beneficiários e cada um destes se beneficia com as atividades do trabalhador em frações de tempo relativamente curtas, sem nenhum caráter de permanência ou de continuidade. Trabalho transitório, portanto, caracterizado por tarefas ocasionais de índole passageira.

Já o empregado destina o seu trabalho de modo constante, inalterável e permanente a um destinatário, de modo a manter uma constância no desenvolvimento da sua atividade em prol da mesma orga-

nização, suficiente para que um elo jurídico seja mantido, resultante, muitas vezes, dessa mesma continuidade.

Enquanto o trabalhador eventual não é empregado, portanto os direitos garantidos aos empregados em princípio não se lhe aplicam, salvo lei específica, o trabalhador não eventual é empregado, parte, portanto, de contrato de trabalho com empregador.

Se o eventual passa a exercer continuadamente a sua atividade em relação permanente quanto a um dos destinatários, deixa de ser eventual, passa a ser empregado.

Portanto, há a necessidade de certa fixação vinculando o trabalhador à fonte de trabalho, sem o que não estaremos diante da figura do empregado.

Pode-se denominar essa fixação de *continuidade*. Muitos falam em *ineventualidade*; ou, ainda, em *permanência*.

Seria mais objetiva a lei brasileira se fixasse um tempo máximo de duração do trabalho eventual, por exemplo, 30 dias.

Convém, nesta altura, como é também mostrado em outras, esclarecer alguns aspectos da subordinação.

A doutrina italiana atribui a Lodovico Barassi a iniciativa de introduzir a subordinação no direito do trabalho.

Primeiro, a *origem do vocábulo*.

A palavra subordinação é de etimologia latina e provém de *sub* = baixo, *ordinare* = ordenar.

Portanto, subordinação significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência.

A legislação brasileira prefere o vocábulo *dependência*. Porém, a doutrina consagra a expressão *subordinação*.

Foi exposta pela primeira vez, ao que parece, pelo jurista francês Cuche, em *Du rapport de dépendance élément constitutif du contrat de travail*, publicado em 1913, concluindo com as seguintes palavras: "há locação de serviço ou contrato de trabalho todas as vezes que a execução de trabalho, qualquer que seja o modo de sua remuneração, coloca aquele que o fornece numa relação de dependência econômica ou de subordinação em face de quem o remunera".

Admitia, desde então, Cuche que pode haver dependência econômica sem subordinação como na maior parte dos assalariados a domicílio. Mas frisava a importância do requisito da subordinação na configuração da relação de emprego.

Essa teoria projetou-se em nosso direito porque foi prevista pelo art. 2.094 do Código Civil italiano que define trabalhador subordinado como aquele "que se obriga mediante retribuição a colaborar com a empresa, prestando o próprio trabalho intelectual ou manual sob dependência e direção do empregador". Acrescenta o mesmo Código peninsular (art. 2.104) que o trabalhador "deve observar as disposições para a execução e para a disciplina do trabalho distribuído pelo empregador e pelos colaboradores do mesmo dos quais hierarquicamente depende", e considera trabalhador autônomo (art. 2.222) aquele que trabalha "sem vínculo de subordinação perante o comitente", portanto aquele que organiza livremente a própria atividade.

Segundo, o *modo* como é concebida.

Para uns a subordinação é *hierárquica*, significando a aceitação, no próprio trabalho, das ordens de um superior; para outros a subordinação é *econômica*, entendendo-se aquela que põe o trabalhador numa sujeição ou estado de dependência econômica; para outros a subordinação é *jurídica*, entendendo-se como tal um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens; para outros a subordinação é *técnica*, assim se entendendo aquela que nasce entre indivíduos dos quais um exerce de modo constante uma atividade econômica e para exercício da qual eles se servem de pessoas que dirigem e orientam; finalmente, para outros, a subordinação é *social*, o estado decorrente de classe social.

Prevalece a teoria da subordinação jurídica que explica a posição do empregado perante o empregador, para demonstrar que não é a sua pessoa, como equivocadamente sustentou a doutrina clássica italiana da subordinação como *status*, mas o modo como o seu trabalho prestado, é o objeto do contrato.

Todavia, a doutrina, tendo em vista a diversidade de relações jurídicas atualmente existentes, cada qual com uma diferente configuração, como o teletrabalho, o trabalho cooperado, o trabalho de repre-

sentantes ou vendedores comerciais, o trabalho de corretores e a ampliação do trabalho autônomo hipossuficiente e outros, intenta reelaborar o conceito de subordinação, reconhecendo a atenuação da subordinação e introduzindo dois conceitos, o de *coordenação* e o de *parassubordinação*.

Terceiro, os *fundamentos* da subordinação.

Uma concepção organicista procura no *institucionalismo* os fundamentos da subordinação.

As ideias centrais desse entendimento estão expostas por Luiz José de Mesquita[8]:

"O empregado e o empreendedor devem prestar suas atividades numa mesma linha de finalidade, mediante a relação de colaboração para com a empresa. Esta relação de colaboração entre os membros da instituição deriva da própria finalidade da empresa-econômica, a qual exige, contudo, uma hierarquização de atividades e funções entre eles. Sendo a empresa-econômica uma instituição social diferençada, não igualitária, que, por sua natureza, exige uma hierarquia de autoridades, a atividade de empregado deve ser prestada dentro de uma subordinação hierárquica à do empreendedor".

E continua: "Esta subordinação hierárquica deriva da natureza da instituição empresa-econômica e justifica certos poderes da autoridade sobre os inferiores hierárquicos, poderes que são de natureza social e não individual, de fundo moral e não patrimonial, de origem autoritária ou de autoridade e não de parte contratante. Esta subordinação hierárquica de natureza institucional coexiste, no que toca ao exclusivo domínio contratual, com o direito, do qual ela não procede e com o qual nada tem de ver, que o empregador ou seu representante tem de exigir especificadamente o trabalho contratado *in genere* pelo empregado. Donde, por força do próprio contrato se justificarem certos poderes do empregador sobre a atividade do empregado, poderes esses que são de natureza individual e não social, de fundo patrimonial e não moral, de parte contratante e não de autoridade".

Outros, como Luis Krause, dão-lhe um *fundamento social*[9]: "Na relação normal de trabalho, a figura sociológica mais característica é

8. *Direito disciplinar do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1950, p. 39.

9. *Fenómenos sociológicos en el trabajo*, Buenos Aires, 1954.

a relação de subordinação. Esta consiste, em um sentido muito amplo, em um estado em virtude do qual um sujeito ou grupo de sujeitos se encontra em relação a outro em situação de receber ordens, de obedecer, ou simplesmente de respeitar a atuação de um superior, ou de imitá-la, ou de sofrer de qualquer outra maneira a sua influência e sentir ao mesmo tempo em que ela vem de um plano hierárquico mais alto. Esta relação, convém destacar, não priva o sujeito subordinado de sua liberdade e, precisamente por isso, pode-se falar da subordinação como de uma forma *social*. Por esta razão, ainda nos casos em que a autoridade do superior possa aparecer como mais rigidamente autoritária, adverte-se também que há a existência da figura social da colaboração".

Prossegue: "No sentido sociológico, antes expressado, pode existir subordinação em relações tais como as que falamos entre um trabalhador independente e uma pessoa que encomenda uma obra, ou entre um grupo de trabalhadores que realiza para um patrão uma tarefa subtraída da proteção especial do direito do trabalho. Mas, com muito maior frequência encontramos a forma social da subordinação perfilhada com caracteres mais nítidos e definida juridicamente nas relações derivadas de um contrato ou da chamada relação de trabalho. Aqui, a forma da subordinação social recebe um conteúdo específico, consistente na dependência jurídica na qual o obreiro se encontra colocado quanto ao patrão, dependência que constitui o critério de distinção para resolver se o vínculo que os liga está ou não compreendido dentro das normas que regulam essa atividade".

Mais precisa, no entanto, é a teoria que fundamenta a subordinação no *contrato*, superadas as concepções comunitárias da empresa da primeira fase do direito do trabalho da Alemanha e considerado o caráter intersubjetivo do vínculo entre empregado e empregador. A subordinação encontra o seu fundamento no contrato de trabalho, significando uma limitação à autonomia do empregado, porém em decorrência da sua própria vontade ao se propor a prestar serviços sob o poder de direção de outrem.

Quarto, a *definição* de subordinação.

Há duas obras clássicas sobre o tema na Itália, uma de Vincenzo Cassì, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, na qual

o autor define subordinação como "uma situação particular de dependência jurídica do trabalhador perante o credor do trabalho". Outra, de Domenico Napoletano, *Il lavoro subordinato* (Milano, Giuffrè, 1955), em que o jurista fundamenta a subordinação na "inserção do trabalhador na empresa", sem apresentar uma definição.

No Brasil, Arion Sayão Romita, em *A subordinação no contrato de trabalho*, conclui que "ela consiste em integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho". Acrescenta que a subordinação não é um *status* do trabalhador, noção que identifica uma posição permanente do membro da sociedade no grupo, conferindo-lhe individualidade nas relações comunitárias. Não é manifestação de um vínculo de hierarquia, rejeitada a teoria da dependência hierárquica inspirada no nazismo, que tinha o trabalhador como inserido num complexo e em posição de inferior diante de superior. Não é *sujeição* ou *submissão pessoal*, porque objeto do contrato é o modo como o trabalho é prestado e não o trabalhador, sendo a diferença a mesma que há entre a pessoa e a sua atividade.

A subordinação significa uma limitação à autonomia do empregado — como o poder de direção do empregador também sofre restrições —, de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas.

Há críticas à teoria da subordinação, entre as quais as de Manuel Alonso García, que não a considera definidora do contrato de emprego, argumentando que há trabalhos nos quais, mesmo reconhecido o vínculo de emprego, não há subordinação, como o trabalho a domicílio, o dos altos empregados etc. Outros, como Trueba Urbina, acham que nela há resquícios do trabalho coativo que não devem permanecer.

A segunda objeção é facilmente refutada com as transformações da teoria subjetivista, da subordinação pessoal, para a teoria objetivista, da subordinação sobre a atividade. A primeira não procede porque a subordinação realmente é intensa em certas atividades, menos intensa em outras, mas existente sempre que o poder diretivo não está com o próprio trabalhador.

Define empregado como a pessoa física que presta serviços subordinados e não eventuais mediante salário, com ânimo de emprego.

Subordinação é requisito fundamental para a configuração do vínculo e que sem salário (onerosidade) também se descaracterizará.

Resta indicar os aspectos que o estudo do conceito de trabalho eventual comporta.

Já foi dada a definição de trabalho eventual, classificado como uma das formas de trabalho subordinado. *Trabalhador eventual é aquele que presta a sua atividade para múltiplos destinatários, sem se fixar continuadamente em nenhum deles*. Eventual é um subordinado de poucas horas ou pouco tempo que vai realizar um serviço especificado, findo o qual terminará a sua obrigação. Não é autônomo porque está sob o poder diretivo de outrem, o destinatário do serviço, enquanto o executar. Se o serviço for prestado sem a subordinação, será autônomo, provavelmente empreiteiro.

Na prática nem sempre é fácil identificar a diferença entre trabalho eventual, trabalho autônomo e trabalho do empregado.

O motivo da dificuldade reside na inexistência de uma fronteira clara do tempo depois do qual o trabalho deixa de ser eventual para tornar-se contínuo.

Não há uma delimitação clara na lei.

Esse problema poderia ser enfrentado pela lei com a adoção de dois critérios distintivos.

O primeiro está em definir no tempo a duração máxima do trabalho eventual. Nesse caso, a lei deveria dispor que é eventual o trabalho prestado, por exemplo, em até 15 ou 30 dias, critério objetivo e que afastaria as dúvidas que surgem nos casos concretos, mas que teria o inconveniente de permitir a fraude porque, no caso de se tornar uma prática geral na empresa, nesta não haveria empregados com direitos trabalhistas, mas apenas trabalhadores eventuais sem direitos trabalhistas.

O segundo seria considerar trabalhador eventual aquele que vai cumprir na empresa uma tarefa específica de curto prazo. Essa tarefa teria que ser expressamente indicada em contrato escrito, por exemplo, aparar a grama do jardim. Concluída essa tarefa, terminaria a vigência do contrato de trabalho eventual. Este critério permitiria uma duração

prolongada do trabalhador quando as suas tarefas fossem de execução prolongada no tempo. Nesse caso, o eventual praticamente seria identificado a um empregado contratado a prazo certo.

Diante dos problemas apontados, melhor seria compor os dois critérios: eventual é o trabalhador contratado sem vínculo de emprego para uma tarefa específica de curta duração na empresa, como a manutenção dos elevadores, a revisão dos aparelhos de ar-condicionado etc.

Uma pessoa humana pode trabalhar movida por finalidades as mais diversas. O *animus contrahendi*, isto é, a intenção de prestar serviços sob a forma de emprego é outra característica da relação de emprego, não fundamentada na lei, mas na doutrina.

Alguns autores preferem dizer *profissionalidade*. Outros se referem a *produtividade*, pretendendo com isso frisar que só o trabalho produtivo e não outro é objeto do direito do trabalho.

Na verdade, são tentativas de explicar que é indispensável a verificação do *elemento subjetivo* ou da intenção que move o prestador de serviços. Por exemplo, o trabalho por benemerência de alguém para uma instituição de caridade não é alcançado pelo direito trabalhista. Da mesma maneira, o trabalho religioso, pois a intenção do agente, nesse caso, é de ordem espiritual visando à prática religiosa. Também o trabalho penitenciário fica excluído porque nele o que se objetiva é o cumprimento de uma penalidade que a sociedade impõe ao infrator da lei penal. Igualmente, o trabalho por mera diversão etc.

O professor uruguaio De Ferrari é categórico em afirmar a necessidade do *animus contrahendi* para que alguém possa ser considerado empregado:

"Nem sempre que se presta um serviço se faz em virtude de um contrato. Em alguns casos, por exemplo, no trabalho carcerário, o serviço é prestado como parte de um regime de reclusão. Na mesma situação encontra-se o trabalho dos religiosos, cumprido dentro da comunidade e, particularmente, o caso dos serviços nos quais os menores de idade ajudam aos seus pais e que estes podem exigir no exercício da *patria potestas*".

Mas, além desses casos, é frequente que, entre pessoas unidas por laços de amizade ou parentesco, haja lugar para uma prestação de serviços sem serem previamente matéria de contratação.

Se a relação de trabalho, diz De Litala, é levada a cabo "sem pacto algum, se as partes unidas por estreito vínculo de sangue e que ao mesmo tempo convivem, não sentem a necessidade de fazer que a convenção presida o desenvolvimento das suas relações e nenhuma remuneração em dinheiro tenha sido fixada, parece-nos que falta o *animus contrahendi*, que a obra é prestada *affectionis vel benevolentiae causa*, em atendimento a princípios de moral e em troca de benefícios espirituais e de vantagens que da prestação e da colaboração se obtêm ou se espera obter".

Nos tribunais, o elemento subjetivo, em algumas decisões, tem sido exigido: "Os médicos, que a título de caridade ou por espírito filantrópico prestam serviços gratuitos a internados indigentes, não adquirem a condição de empregados dos estabelecimentos hospitalares" (Ac. 2.076/69, TRT, 3ª Reg.).

No entanto, se o médico é um profissional subordinado a um hospital, do qual recebe salário, será empregado.

A *exclusividade* é requisito da relação de emprego?

Pode o empregado trabalhar simultaneamente para empresas diferentes?

Não há em regra geral a exigência de exclusividade de contrato de trabalho, salvo algumas exceções.

O empregado pode ter simultaneamente diversos empregos. Nada impede que isso ocorra, e a doutrina é nesse sentido. Entretanto, apesar desta presunção de pluralidade empregatícia, pode em cada caso concreto ser estipulado expressamente o contrário. Assim, desde que empregado ou empregador, verbal ou por escrito, deixem ajustada cláusula de exclusividade, ela será válida. A sua violação importaria em justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. Outra hipótese é de atividades concorrentes. O empregado não pode, sem o consentimento expresso do empregador, prestar serviços simultâneos para empresas cujos ramos de atividades sejam concorrentes. É o caso do vendedor que vende produtos de duas empresas que se dedicam ao mesmo negócio, fazendo-o à revelia de ambos os empregadores. Surge uma falta grave que autoriza o despedimento do trabalhador.

A exclusividade não é requisito, mas exigência que pode existir, fundada no contrato.

2. Capacidade

No direito, capacidade é a possibilidade de a pessoa ser titular de poderes e de se obrigar.

Adquirida a personalidade, o indivíduo passa a ter *direitos* e *deveres*.

Nem sempre, porém, poderá exercê-los pessoalmente; para isso deve ter capacidade. Capacidade é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer por si ou por outrem atos da vida civil (Washington de Barros Monteiro). É um elemento da personalidade. Exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes.

Há duas espécies de capacidade:

a) capacidade de direito ou de gozo;

b) capacidade de fato ou de exercício.

A primeira é a possibilidade de gozar dos direitos subjetivos; muitos autores entendem que se confunde com personalidade.

A segunda consiste na possibilidade de exercer diretamente os direitos e praticar os atos da vida civil. Corresponde a um estado psíquico de idoneidade para entender e querer (Messineo). Nem todos a têm, por razões de saúde, de idade etc. Nestes casos, o exercício dos seus direitos se dá por meio dos representantes legais.

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002, art. 3º) distingue as pessoas em *absolutamente* e *relativamente* incapazes.

São absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos de idade, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.

São incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los (art. 4º) os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos.

É nulo, para o direito civil, o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166) e anulável nos casos de incapacidade relativa do agente (art. 171). Aqueles, os nulos, não são suscetíveis de confirmação nem convalescimento pelo decurso do tempo (art. 169); estes, os anuláveis, permitem confirmação pelas partes, salvo direito de terceiro (art. 172). Para o direito do trabalho, a incapacidade não gera a nulidade da relação de trabalho prestado.

Cessará, para os menores, a incapacidade civil (parágrafo único do art. 5º), pela concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 anos completos, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria.

Capacidade, no direito, como vimos, é a aptidão de uma pessoa para ser titular de um direito e exercê-lo diretamente. O mesmo conceito é utilizado pelo direito do trabalho para significar a aptidão para ser empregado. Quais são essas condições? De modo geral, toda pessoa física pode contratar emprego. No entanto, algumas restrições existem. Uma delas refere-se à idade mínima, que no Brasil obedece às seguintes regras:

a) é absolutamente incapaz para o trabalho o menor de 16 anos, o que significa que em nenhuma hipótese poderá ser empregado, embora tolerado o trabalho com ânimo diferente, como recreativo, educacional etc.;

b) dos 16 aos 18 anos poderá ser empregado com autorização do responsável legal;

c) a partir dos 18 anos, é plena a capacidade trabalhista.

A Emenda Constitucional n. 20/98 alterou o texto constitucional para fixar como idade mínima para o trabalho do menor 16 anos como empregado e 14 como aprendiz.

Diferem capacidade e proibição. É proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos (CF, art. 7º, XXXIII),

regra que vale, também, para a mulher casada, especialmente tendo em vista a igualdade de tratamento entre homem e mulher, e para o menor emancipado, por se tratar de leis especiais que prevalecem sobre leis gerais. Logo, quando o Código Civil (art. 5º) dispõe que cessará para os menores a incapacidade, entre outras causas, pela concessão dos pais, pelo casamento, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria, estabelece regras cujos efeitos são destinados a reger a prática de atos da vida civil e que não têm o condão de se sobreporem às proibições trabalhistas porque são oriundas de legislação especial, como tal prioritária para efeitos de contrato de trabalho.

Também a mulher casada não está sujeita a restrições, porque é presumida a autorização do marido.

O responsável legal pode pleitear a rescisão do contrato de trabalho do menor entre 18 e 21 anos, quando a sua continuação for suscetível de acarretar prejuízo de ordem física ou moral para ele.

O menor pode praticar alguns atos jurídicos trabalhistas sem perda da sua eficácia.

Dispõe o art. 439 da CLT que "é lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento de salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida".

O menor entre 16 e 18 anos depende de autorização dos seus responsáveis legais, que pode configurar-se com a própria autorização manifestada para que ele obtivesse carteira de trabalho. O trabalho de menor como empregado vinha sendo autorizado pela Constituição de 1967 a partir dos 12 anos de idade. Todavia, a Constituição de 1988 (art. 7º, XXXIII) elevou essa idade para 14 anos, salvo menores aprendizes, com o que foram revogados os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como a necessidade de autorização do juiz de menores para o trabalho dos menores de 12 a 14 anos de idade como empregados, mantendo-se a exigência para a admissão de aprendizes nessa faixa etária. Com a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, a idade mínima passou a ser 16 anos como empregado e 14 como aprendiz.

Qual o juízo competente para o suprimento de vontade nos casos de oposição paterna ao trabalho do menor?

A justiça comum.

E para a ação de rescisão do contrato de trabalho do menor, de que o pai é titular, quando julgar prejudicial o emprego do filho?

Martins Catharino entende que é a Justiça do Trabalho, por força de dispositivo constitucional. Lamarca já sustentara anteriormente a mesma tese. A matéria é inegavelmente trabalhista.

Com o Estatuto da Mulher Casada está revogado o dispositivo da CLT (art. 446) que permite ao marido dar por rescindido o seu contrato de trabalho desde que prejudicial ao vínculo conjugal e à estabilidade da família?

Relembre-se que esse Estatuto (Lei n. 4.121, de 27-8-1962) retirou a mulher do elenco das pessoas incapazes, dando-lhe plena capacidade civil, de modo que em linhas gerais depende de autorização marital somente para a prática dos atos para os quais também a recíproca for exigível.

Lamarca é categórico: "Quanto à mulher casada, não mais prevalece a *praesumptio iuris tantum*" do art. 446 da CLT.

Também Pontes de Miranda tem a mesma opinião.

O art. 446 da CLT foi revogado pela Lei n. 7.855, de 1989, com o que a autorização do cônjuge é desnecessária.

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002) dispõe que, qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão (art. 1.642), excluídos da comunhão patrimonial, resultante do casamento, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (art. 1.659, VI).

3. Cargos e funções

Como o trabalho desenvolvido na empresa é dividido segundo um critério de qualificação profissional e repartição de competências, as necessidades da organização pressupõem uma estrutura, formal ou informal, de cargos e funções. Formal quando a empresa tem, o que é

facultativo, um Plano de Cargos e Salários — segundo a CLT um Quadro de Carreira. E informal, em que, não havendo Plano de Cargos e Salários, os empregados terão cargos e desempenharão funções.

Cargo é a denominação dada ao conjunto de atribuições exercidas pelo empregado, e *funções* são especificamente as atividades que ele executa em decorrência do cargo, conceitos que podem ser explicados, também, de um modo mais simples, dizendo que cargos e funções são as faces de um mesmo rosto, o cargo referindo-se ao todo da estrutura e as funções, a cada uma das suas partes integrantes, de modo que o mesmo cargo pode reunir diversas funções. Exemplifique-se com o cargo de gerente e as funções de gerente comercial, de gerente de *marketing*, gerente financeiro, gerente de logística etc. Tem-se, também, como traços distintivos dizer que a função é o que efetivamente o empregado exerce de modo que nem sempre há correspondência entre a função e o cargo, o que pode provocar questões trabalhistas. Se o empregado é considerado meio-oficial, mas se efetivamente exerce funções de oficial, o cargo não corresponderá à função, o que é suficiente para mostrar a diferença entre os dois conceitos.

Quais são os cargos a que se refere a CLT?

Aquele que maiores estudos vêm merecendo é o *cargo de confiança* (CLT, arts. 468, parágrafo único, 62, parágrafo único, 469, § 1º, e 224, § 2º), sobre o qual há doutrina e jurisprudência.

Não há uma definição legal de cargo de confiança, mas sim uma enumeração, não taxativa, desses cargos, primeiro, para a estrutura bancária em que são assim considerados os cargos de *direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes* (CLT, art. 224, § 2º), segundo, para todas as categorias e não apenas a bancária, para as quais são cargos de confiança os *gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, os diretores e chefes de departamento ou filial* (CLT, art. 62, II). Entende-se que o cargo de confiança é aquele da alta cúpula administrativa da empresa, cujo exercente tenha o poder de representá-la, não sendo de confiança os cargos técnicos, diretriz de difícil compatibilização com os cargos a que se refere o art. 62, II, da CLT, que, ao considerar de confiança *gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, os diretores e chefes de departamento ou filial,* evidentemente não pressupõe a representação geral da empresa,

que não a tem um chefe de filial ou departamento, como requisito substancial do conceito.

A lei, ao tratar de cargo de confiança, visou às situações em que o empregado não o exerce, embora tenha havido a sua designação, o que fica claro ao declarar que o exercente de cargo de confiança pode ser desinvestido deste e retornar ao cargo anterior, dispondo sobre a gratificação da função de confiança.

Há restrições aos direitos trabalhistas dos exercentes de cargos de confiança, uma vez que podem ser dos cargos desinvestidos cessada a confiança do empregador; não consistindo, essa destituição, uma alteração prejudicial do contrato individual de trabalho, não terão direito de receber horas extraordinárias, salvo quando submetidos à marcação de ponto e a fiscalização de horários, e podem ser transferidos para outra localidade de acordo com os interesses do serviço. Daí já ter afirmado que o empregado exercente de cargo de confiança só pode ser considerado um tipo especial de empregado num ponto, a restrição de direitos trabalhistas que sofre, no mais em nada diferindo do empregado comum, a não ser, também, pelas vantagens econômicas inerentes ao cargo.

Entretanto, a despeito de essas mudanças serem evidentes, a maior parte da doutrina e da jurisprudência não foi capaz de acompanhá-las a contento, permanecendo atada aos parâmetros tradicionais na caracterização dos cargos de confiança. O correto é não exigir para a configuração do cargo de confiança o exercício de funções da alta administração da empresa.

A doutrina tradicional brasileira sobre conceito de cargo de confiança está desatualizada, o que exerce influência nas decisões dos Tribunais, quando não acompanha as transformações organizacionais das empresas e afirma que o exercente de cargo de confiança é o *alter ego* do empregador. Não é mais assim.

A evolução dos sistemas de produção e de prestação de serviços da gestão das empresas modernas provocou maior horizontalização de responsabilidades com o deslocamento dos processos gerenciais a diversos níveis da estrutura empresarial moderna; muitas vezes o poder decisório está nas mãos de técnicos altamente qualificados, e quem admite ou dispensa empregados é o setor de recursos humanos, reali-

dade da vida empresarial que leva a doutrina a criar uma classificação: cargos de confiança genéricos e cargos de confiança específicos. Com isso, a configuração do exercício de cargo de confiança não depende, necessariamente, de amplos poderes de mando, representação e substituição do empregador. Configura-se, também, o cargo de confiança quando o empregado exerce alguma função de chefia, com certos poderes gestoriais sobre seus subordinados.

§ 43. Do empregador

Sumário: 1. Definição. 2. Tipos de empregadores. 3. A empresa como principal figura de empregador. 4. O sócio e a empresa. 5. Grupos de empresas no direito empresarial. 6. Sociedades coligadas no direito civil. 7. Os grupos na Lei de Sociedades Anônimas. 8. Grupos de empresas no direito do trabalho. 9. Consórcio de empregadores. 10. Sociedade de prestação de serviços intelectuais. 11. O empregador e seu poder de organização, poder de controle e poder disciplinar. 12. Participação do trabalhador na gestão. 13. Participação do trabalhador nos lucros. 14. Participação do trabalhador no capital. 15. A microempresa.

1. Definição

Há definições de empregador, na doutrina e na legislação de alguns países, mas não oferecem maior utilidade porque este é um conceito reflexo. Será empregador todo ente para quem uma pessoa física prestar, com pessoalidade, serviços continuados, subordinados e assalariados. É por meio da figura do empregado que se chegará à do empregador, independentemente da estrutura jurídica que tiver.

Consagrada está entre nós a palavra *empregador*, ficando assim afastadas outras que até hoje são utilizadas em outros sistemas jurídicos, como *patrão*, *patrono*, *dador de trabalho, entidade patronal* etc. Fala-se, mesmo no Brasil, às vezes em *patronato* para designar os empregadores como segmento da sociedade. Patrão, como mostra Rafael Caldera[1], tem conotação de *protetor*, *defensor*, o que por si afasta a conveniência da manutenção do vocábulo.

1. *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, El Ateneo, 1972, p. 234.

Há um alargamento nas dimensões da figura do empregador: antes, na época da manufatura, a pessoa física, o dono de uma oficina, depois a pessoa jurídica, quando no início do capitalismo os homens se associaram, a empresa; atualmente, como fazem os defensores da *solidariedade ativa das empresas*, começa-se a considerar empregador também o *grupo de empresas*, como se fosse uma "grande empresa".

Alguns juristas criticam o critério da lei brasileira quando dispõe que *empregador é a empresa* porque só admitem como empregador a pessoa física ou jurídica, uma vez que seriam os únicos sujeitos numa relação jurídica. Porém, a realidade mostra que há situações nas quais há relação de emprego com entes não dotados de personalidade jurídica, como o condomínio, a massa falida etc.

Trata-se de mera questão de *imputação da norma jurídica*; esta indica para a direção que quer alcançar.

Observe-se que *empregador* e *empresa* são conceitos que guardam entre si uma relação de gênero e espécie, uma vez que empregador é uma qualificação jurídica ampla, e empresa é uma das formas, a principal, dessa qualificação, ao lado de outras, que abrangem instituições sem fins lucrativos — evidentemente não empresariais —, mas que são, por equiparação, niveladas, pela lei, à empresa para os fins da relação de emprego (CLT, art. 2º, § 2º), o que mostra a elasticidade do conceito de empregador, tão amplo, como foi mostrado com a sua configuração nas relações de emprego mantidas, como no exemplo já citado, com o condomínio.

O debate doutrinário prossegue entre duas teses. Primeira, a tese segundo a qual a empresa não pode ser sujeito do contrato de trabalho, porque é por natureza objeto, criticando, nesse ponto, a diretriz seguida pela nossa legislação para propor a sua mudança no sentido de definir empregador como a pessoa física ou jurídica. Segunda, a tese de acordo com a qual a definição da lei brasileira está correta ou porque a personalidade jurídica não é pressuposto inafastável da figura do empregador, tendo em vista a existência de tipos de empregador que não são pessoa física nem jurídica, ou, com outro fundamento, porque a nossa lei (CLT, art. 2º, § 2º) personalizou a empresa, ao dispor que, "sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, *personalidade jurídica própria*, estiverem sob a direção, controle ou

administração de outra, constituindo um grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica", serão solidariamente responsáveis.

Acrescente-se, ainda, que a lei brasileira (CLT, art. 2º, § 1º) equiparou à empresa instituições sem fins lucrativos e outras. A enumeração em questão não é taxativa; é, simplesmente, exemplificativa, uma vez que há outras figuras que não estão nela elencadas, como os entes de direito público que contratam pessoal pelo regime da legislação trabalhista.

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002), sobre Direito da Empresa, dispõe que a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples deve constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhes são próprias. Previstas são a sociedade em nome coletivo (art. 1.039), a sociedade em comandita simples (art. 1.045), a sociedade limitada (art. 1.052) e a sociedade anônima (art. 1.088).

2. Tipos de empregadores

Há diversos ângulos de classificação do empregador.

Quanto à *estrutura* jurídica, será uma pessoa física ou jurídica, ambas exercendo atividade empresarial ou não. Há empregador *em geral* (empresa) e *por equiparação* (profissionais liberais, instituições sem fins lucrativos etc.). Quanto ao setor econômico da atividade, há empregadores *urbanos*, *comerciais* ou *industriais*, *rurais* e *domésticos*, estes obrigados a deveres limitados segundo leis especiais para a relação jurídica de trabalho doméstico. Há, correspondendo aos setores do direito, empregador *privado* e *público*, sendo que as empresas públicas contratam pela lei trabalhista, o mesmo podendo ocorrer com a União, Estados-membros, municípios, autarquias, fundações etc. As sociedades de economia mista são empregadores de natureza privada.

Acrescente-se também um tipo de empregador que em nossa doutrina, diversamente da estrangeira, não merece maior destaque: o *intermediário*. Um dos primeiros atos da revolução francesa de 1848 foi proibir a intermediação (*marchandage*), motivo de queixas constan-

tes dos trabalhadores, caracterizando-se como a instituição pela qual o empregador encarrega terceiro de contratar os serviços de que necessitará. Essa situação, como observa Mario de la Cueva, produzia duplo efeito: a possibilidade de insolvência do intermediário, se considerado o único responsável pelo débito trabalhista, e a manutenção de baixos salários, porque a intermediação fica com uma parte.

Hoje a solução das leis estrangeiras é no sentido de fixar responsabilidade solidária entre o intermediário e o empregador nos mesmos moldes em que a lei brasileira o faz quanto ao empreiteiro principal e ao subempreiteiro.

3. A empresa como principal figura de empregador

São valiosos os estudos sobre empresa, desenvolvidos pelo direito, pela economia, sociologia etc. No direito, pelo direito comercial, direito administrativo e direito tributário. Não cabe ao direito do trabalho dar o seu conceito de empresa, a diferença entre empresa e estabelecimento, e as regras das relações da vida econômica das quais a empresa é um dos agentes principais. Para esses temas devem ser procuradas as fontes próprias.

A empresa, sob o ângulo trabalhista, interessa apenas de um modo: como a organização que tem empregados e que portanto deve cumprir não apenas fins econômicos mas também sociais, com o que se incluem, entre as matérias de que se ocupam os juslaboralistas, as relações entre o empregado e os superiores hierárquicos, a estrutura da empresa para atender a essas relações, a representação dos trabalhadores, a participação dos trabalhadores na administração, nos lucros ou no capital, os poderes de que é investido o empregador etc.

Os conflitos de trabalho que surgem diariamente devem ter na empresa o seu primeiro degrau de solução, o que traz a conveniência de um espírito conciliatório em moldes capazes de reduzir a litigiosidade trabalhista[2].

A empresa tem que se aparelhar para que possa cumprir a sua função social numa sociedade democrática.

---

2. Em 1994 houve cerca de 1.700 reclamações trabalhistas nas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, das quais uma parte, a menor, improcedente.

4. O sócio e a empresa

A empresa responde pelos débitos trabalhistas dos seus empregados, na qualidade de empregadora ou, quando integrante de grupo de empresas, como solidária (CLT, art. 2º).

Quando não há bens da empresa, indaga-se se o sócio ou ex-sócio está obrigado a responder por essas dívidas com seu patrimônio.

A *disregard doctrine*, descaracterização da personalidade jurídica do ente societário para impedir o abuso ao direito do credor da sociedade, tendo, como decorrência, a possibilidade do alcance, com penhora dos bens particulares dos sócios pelas dívidas da empresa que não dispõe mais de patrimônio suficiente para o pagamento dos débitos trabalhistas, inegavelmente protege o trabalhador que, em diversos casos, depois de litigar durante muitos anos, vê-se diante de uma execução frustrada.

Por tal motivo, tem-se tornado praxe, nas execuções na Justiça do Trabalho, a penhora do patrimônio pessoal do sócio. Em alguns casos, são penhorados bens de ex-sócios. Em outros, os de viúva de sócio no inventário que aguarda a partilha dos bens. Em outros, de ex-sócios que já se retiraram há muitos anos da sociedade, tiveram participação societária mínima e não gestorial, mas que, sendo os únicos conhecidos, têm seus bens constrangidos. A despersonalização do ente societário não pode ser interpretada como uma incondicional responsabilidade de alguém que já pertenceu a uma sociedade e quando dela se retirou não havia dívidas ou ações trabalhistas, como, também, tem, como premissa, o abuso de direito, sem o qual não encontra fundamento.

O tema foi estudado por Amador Paes de Almeida, em *Execução de bens dos sócios* (São Paulo, Saraiva, 2001). Mostra que os riscos da atividade econômica são suportados pelo empregador e que, diante do fenômeno da despersonalização do empregador, o empresário é também responsável por esse pagamento, com o que é possível penhorar bens particulares do sócio para responder pelas dívidas empresariais. Entenda-se, no entanto, que primeiro têm de ser excutidos os bens da sociedade, livres e desembargados.

Quanto ao ex-sócio, Amador sustenta que não há uma responsabilidade do sócio *ad perpetuam,* afirmando que "ainda que o contrato

de trabalho tenha sido celebrado ao tempo em que o retirante era sócio, se a sua saída da sociedade ocorreu dentro da mais absoluta ordem e regularidade — estando os salários e demais encargos trabalhistas rigorosamente cumpridos — nenhuma responsabilidade lhe pode ser atribuída, salvo se, comprovadamente, a empresa já se encontrar, à época da retirada, em estado de manifesta insolvência, com ações propostas, títulos protestados etc.".

Acrescenta que "mais correta, sem dúvida, é a conclusão que limita a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade, até a data do seu desligamento (salvo as hipóteses já enumeradas de violação à lei, gestão fraudulenta, estado de insolvência da sociedade, por ocasião da retirada etc. a teor do que dispõe o art. 339 do Código Comercial. Se por ocasião da sua saída, todas as obrigações trabalhistas estiverem comprovadamente pagas, inclusive salários, ainda que o empregado venha a ser despedido posteriormente pelos sócios remanescentes, nenhuma responsabilidade lhe poderá ser atribuída, salvo se demonstrada a fraude na cessão de quotas, transferência de quotas para furtar-se à execução, cessão de direitos de sócios quando já manifestada a insolvência, ou ainda quando, por ocasião da cessão de quotas, já subsistia ação trabalhista contra a empresa".

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002) aperfeiçoa a proteção do credor, portanto inclusive do trabalhista. Os bens sociais e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares comuns (art. 988). Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 990). Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária (art. 1.023). Quanto aos bens particulares dos sócios, não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais (art. 1.024).

A retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime, nem seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos depois de averbada a resolução da sociedade e nos dois primeiros casos, de retirada ou exclusão da sociedade. O sócio responde também pelas dívidas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação (art. 1.032).

Nos casos de cessão de quotas pelo sócio, até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio (art. 1.003, parágrafo único). O tempo, no direito, é importante para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Não pode ser diferente no direito do trabalho, se bem que a questão não é de direito do trabalho, mas de direito societário e de responsabilidade civil. Dentro do âmbito dessas matérias é que devem ser observados os dispositivos do Código Civil. Cabe aqui, por analogia, a limitação temporal da responsabilidade prevista no art. 1.032 do Código Civil. O mencionado dispositivo traz a discussão acerca do prazo dentro do qual podem ser responsabilizados ex-sócios da sociedade, fixando o termo inicial e final dessa contagem qual seja, dois anos depois de averbada a alteração societária.

Eis a redação: "Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade. Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio. Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos depois de averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação".

A jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, em prestígio da segurança jurídica, tem, corretamente, acatado tal regra, salvo opiniões vencidas. Inúmeros são os casos de mandado de segurança apreciados nos quais foi concedida ordem de segurança, preservando o patrimônio de ex-sócios que se retiraram da sociedade há mais de dois anos e que, por esse motivo, não devem ser responsabilizados. O art. 1.032 do CC/2002, aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista, vem apaziguar qualquer discussão acerca da responsabilidade do sócio retirante, a qual, obviamente, não pode perpetuar-se sob pena de colocar em risco a segurança dos negócios jurídicos e das pessoas. Logo, a questão deve ser resolvida não sob a perspectiva financeira de saber

quem tem e quem não tem recursos para responder pela dívida trabalhista, mas sob o prisma jurídico estabelecido pelo ordenamento legal do País.

Diante de tais circunstâncias, como reconhecido em mandado de segurança, "irrelevante se afigura o fato de ter, ou não, a impetrante se beneficiado do labor do exequente. O prosseguimento da execução contra ex-sócia que se retirou há mais de dois anos do quadro societário da executada quando do ajuizamento da reclamatória de origem constitui ofensa a direito líquido e certo, merecendo albergue a pretensão mandamental (...)". Há, inclusive, jurisprudência que apreciou situação similar. Tratava-se da execução de sócio de empresa que se retirou há mais de dois anos do quadro societário de outra empresa executada. Na hipótese, concluiu-se que o prosseguimento da execução contra o impetrante, ex-sócio de empresa que se retirou há mais de dois anos do quadro societário da executada quando do ajuizamento da reclamatória de origem, constitui ofensa a direito líquido e certo, merecendo albergue pretensão mandamental.

O inteiro teor da ementa é o seguinte: "MANDADO DE SEGURANÇA. Execução que se volta contra sócio de empresa que figurou como sócia da executada. Não há como se impingir ao impetrante, direta ou indiretamente, a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas ao litisconsorte. Primeiramente porque não figurou como sócio da executada. E, ainda que se considerasse a sua condição de sócio da empresa LTR (ex-sócia da executada), não poderia a execução contra ele voltar-se. O art. 1.032 do Código Civil estabelece que o sócio retirante ou excluído somente responde pelas obrigações da sociedade no prazo de 2 (dois) anos após a averbação da sua retirada ou exclusão. Tal dispositivo legal, aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista, vem apaziguar qualquer discussão acerca da responsabilidade do sócio retirante, a qual, obviamente, não pode se perpetuar sob pena de se colocar em risco a segurança dos negócios jurídicos e das pessoas. Assim, o prosseguimento da execução contra o impetrante, — sócio de empresa que se retirou há mais de dois anos do quadro societário da executada quando do ajuizamento da reclamatória de origem — constitui ofensa a direito líquido e certo, merecendo albergue a pretensão mandamental. Segurança concedida" (TRT, 2ª Região, Ac. 2005032911, 18-10-2005, n. 3 — 12734-2003-000,

Mandado de Segurança, Secretaria de Dissídios Individuais, *DOE SP*, PJ, TRT 2ª, 25-11-2005, Rel. Marcelo Freire Gonçalves).

Outro problema é o do sócio com participação social mínima. Por exemplo, sócio que tem 0,1% de participação societária e que é executado para responder integralmente pelo débito trabalhista da empresa. O tema não deve ser dissociado de outro: a *inexistência de fraude* do executado.

A despersonalização do ente societário não deve ser interpretada como incondicional responsabilidade de alguém que já pertenceu a uma sociedade e quando dela se retirou não havia dívidas ou ações trabalhistas, como, também, tem como premissa o abuso de direito, sem o qual não encontra fundamento.

Para as relações entre sociedades empresárias, segundo a teoria maior, como mostra Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial*), "o pressuposto inafastável da desconsideração da personalidade jurídica é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados".

Nessa mesma esfera — das relações entre sociedades empresárias — a desconsideração, de acordo com o mesmo doutrinador, "não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução, é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado", e "não é correto o juiz, na execução, simplesmente penhorar bens de sócios ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório".

O doutrinador Marlon Tomazete corrobora o entendimento esposado como segue: "Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, vale dizer, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo uma exceção à desconsideração". A pessoa jurídica é um postulado básico que serve de base para transações comerciais e deve haver razões fortes para um tribunal ignorar este postulado". Apenas se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que cabe falar em desconsideração, e sacrificar a autonomia patrimonial.

A personificação das sociedades é dotada de altíssimo valor para o ordenamento jurídico, e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionados pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação.

O Código Civil limita as possibilidades de ingerência no patrimônio pessoal do sócio ou do administrador aos casos de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio da finalidade social e de confusão patrimonial, restando, portanto, necessário provar tais fatos nos autos da ação trabalhista.

O executado quase sempre não tem oportunidade de se defender a não ser na execução, quando o espaço de defesa é menor.

O art. 50 do Código Civil, aplicável a toda sociedade empresarial, declara que, "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

A questão deve ser avaliada também à luz do princípio da proporcionalidade. Não tem sentido sócio que participou, por exemplo, com 0,1% numa sociedade e dela se retirou responder indefinidamente pela totalidade dos débitos trabalhistas da empresa de que foi sócio minoritário não administrador. O princípio da proporcionalidade, cada vez mais aceito e necessário na época em que vivemos, existe exatamente para o fim a que se propõe: restabelecer a justiça proporcional quando dela se afasta o intérprete. A desconsideração da personalidade jurídica deve ser interpretada como instrumento último e episódico no tratamento da execução judicial do débito.

5. Grupos de empresas no direito empresarial

Que é grupo de empresas?

No plano da teoria e no direito comum, José Engrácia Antunes, em *Os grupos de sociedades* (2. ed., 2002), considera grupo de sociedades instrumento central do novo estágio de experiência de agrupamento, pelo qual um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais, conservando, embora formalmente, a própria autonomia jurídica, é subordinado a uma direção econômica unitária exercida por outra sociedade, de acordo com a estratégia e o interesse comum do todo.

No direito comum, dedicam-se ao estudo do grupo de empresas ou grupo de sociedades, entre outros, Hannoun, em *Le droit et les groupes de sociétés* (1991)*,* Umberto Tombari, em *Il grupo di società,* e, principalmente, José Engrácia Antunes, em *Os grupos de sociedades* (2. ed., 2002).

Antunes considera grupo de sociedades instrumento central do novo estágio de experiência de agrupamento, pelo qual um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais, conservando, embora formalmente, a sua própria autonomia jurídica, é subordinado a uma direção econômica unitária exercida por outra sociedade, de acordo com a estratégia e o interesse comum do todo.

Como se vê, são requisitos do conceito de grupo de empresas, segundo o maior especialista no tema, a *autonomia de cada empresa*, sem o que não há como se falar em grupo mas sim em uma empresa, uma *unidade de direção* entre elas exercida por outra sociedade e um vínculo entre as mesmas que é a unitariedade da direção econômica. Portanto, o controle intersocietário econômico constitui a fonte energética do fenômeno dos grupos de sociedades, aliado à pluralidade jurídica de cada empresa integrante do grupo.

As divergências ampliam-se quando se pergunta de que natureza é a unidade de direção para configurar o grupo, pois há uma acepção estrita segundo a qual basta a centralização da política financeira, e uma acepção ampla que exige poder de direção central sobre outras áreas e não necessariamente a financeira, como: a produção, as vendas, o pessoal, a organização e a logística.

O que vem ocorrendo na prática é que fatores pertinentes às relações de trabalho, quando unitariamente exercidos, têm incentivado a adoção de critérios amplos, nem sempre com fundamentos jurídicos sólidos, mas por um imperativo de proteção social, porque, havendo grupo, a proteção trabalhista é maior.

Assim é que há uma variedade de instrumentos de controle considerados na doutrina e na jurisprudência, além da transferência de

soberania das sociedades autônomas à sociedade-mãe: centralização de política trabalhista, financeira, de investimentos comuns, nome comercial, fabricação de um produto, campanha publicitária comum, marca uniforme, instruções diretivas comuns, *plafond* ou limite para transações ou alçada, manual de instruções comum etc.

Antunes distingue grupo de sociedades de outras figuras: de *holding* por entender que é conceito impreciso, originário do inglês *to hold,* que significa gestão de carteira de participações detidas no capital de outras sociedades, enquanto o grupo é modelo de organização global e não uma sociedade gestora de participações, mero indício de grupo; do *consórcio*, do qual *joint venture* é uma modalidade, como o consórcio para uso de uma tecnologia comum, que para o consagrado autor é instrumento contratual de cooperação interempresarial pelo que duas ou mais pessoas, individuais ou coletivas, realizam, concertadamente, uma atividade econômica, mera cooperação temporária, como o consórcio para obras ou construção civil, enquanto o grupo não é realização temporária delimitada para um só fim específico, acrescendo que no consórcio cada consorciado responde por suas obrigações; dos *acordos de empresas,* que se configuram pela independência jurídica e econômica entre as empresas, como num acordo entre empresas para fixação de preços, repartição dos mercados, acordos de fornecimento, de distribuição etc.; de *empresa multinacional,* empresa com um centro de decisão situado em determinado país que, através de uma estrutura multinacional, resultante de operações de investimento no estrangeiro, exerce a sua atividade econômica por meio de uma rede de unidades de negócios situadas em diferentes mercados nacionais.

Antunes adverte que na maioria esmagadora das estruturas há um cariz plurissocietário — caso em que se configura o grupo —, embora, nos primórdios do movimento de internacionalização das empresas, a empresa multinacional revestisse sobretudo a forma de empresa unissocietária dotada de uma organização tentacular de divisões sem individualidade jurídica, estrutura que a partir do século XX sofreu grande modificação, com a canalização de recursos estrangeiros para a aquisição de firmas autóctones ou a criação de novas, denominadas subsidiárias; do *trust,* que se caracteriza quando uma pessoa, física ou jurídica, transfere a propriedade dos seus bens para outra (*trustee*), que se obriga a exercer e administrar o direito de propriedade fiduciária no interesse do terceiro beneficiário, o que foi proibido pelo direito norte-americano, no final do século XIX, por meio das Leis Antitruste (*Sher-*

man Act, de 1890; *Clayton Act,* de 1914) até uma nova posição menos limitativa das participações intersocietárias.

Enfim, "do ponto de vista econômico, a direção unitária traduz-se fundamentalmente na existência de uma política econômico-empresarial geral e comum para o conjunto de sociedades agrupadas (a chamada *corporate planning process, Konzernpolitik*). Tal direção unitária, incidindo potencialmente sobre os diversos aspectos setoriais do respectivo funcionamento — unidade da política comercial, da política de produção e de vendas, da política financeira, da política laboral, da política de investimentos, da política de gestão —, assegura a coordenação das atividades das várias sociedades componentes e a coesão econômica do conjunto com a submissão das respectivas políticas individuais a uma política econômica geral emanada do núcleo dirigente do grupo".

A personificação do grupo para Antunes seria redundante, um contrassenso total, porque representaria a destruição da típica pluralidade jurídica que é justamente o pressuposto da noção de grupo.

Assim, vê no grupo uma figura pela natureza plurissocietária, voltando-se, também, para o direito do trabalho, no qual, igualmente, identifica o grupo por um conjunto de empresas monossocietárias, juridicamente distintas, subordinadas a uma direção econômica unitária.

Esses estudos revisam conceitos que vêm sendo seguidos.

Razões de interesse econômico levam empresas a se reunirem sob formas diversas de concentração, de poder de comando e de deliberações. Nessas concentrações haverá uma empresa *dominante* e uma ou mais empresas controladas pela primeira.

Essas formações aparecem segundo um espontâneo movimento de interesses econômicos e as suas formas são diversas, entre as quais a da *holding company*, que se desenvolveu a partir de 1890, em que há a empresa-mãe com controle acionário sobre as demais empresas subjacentes, a do *pool*, associação de empresas para uma ação conjunta muitas vezes em períodos de crise ou quando os empresários sentem que a cooperação é necessária para a sua própria convivência (Joseph W. Macguire), a do *konzern* alemão, a da *entente* da França, a do *consórcio*, previsto também na Lei de Sociedades Anônimas brasileira, a da *multinacional* etc.[3].

---

3. Evaristo de Moraes Filho, Grupos econômicos e solidariedade de empresas, in *Estudos de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1971; Elson Gottschalk, O consórcio de empre-

Cresceu o uso da expressão *joint venture* para designar formas de associações pretensamente sem a configuração do grupo econômico, mas há que se observar, no entanto, que não existe uma definição legal exata que permita abranger todas as situações que são como tal denominadas, todas apresentando como característica "a intenção de realizar um projeto ou empreendimento comum, utilizando ou a forma societária ou com a criação de uma empresa, esta assumindo nova e distinta personalidade jurídica; ou, então, na forma contratual, criando uma associação regida por contratos de associação. Constituirão as *corporate* ou *non-corporate joint ventures*, e, caso os *co-ventures* aportem ou não recursos financeiros, teremos as chamadas *equity* e as *non-equity joint ventures*" (Alfredo Luppatelli Jr. e Eliane Maria Octaviano Martins, *Joint venture* — aspectos legais e estratégicos*, Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 4, fev. 2000, p. 90).

De modo geral, os grupos são classificados em *grupos de direito* e *grupos de fato*; *grupos orgânicos*, cuja fonte é institucional, e *grupos contratuais*, cuja base é o contrato; *grupos de base societária*, com efetiva participação dos sócios; *grupos de base contratual*, como os acordos entre empresas e *grupos de base pessoal*, quando há identidade de administradores; *grupos de subordinação*, quando uma controladora exerce de forma incontrastável o poder de mando sobre as controladas, impondo direção unificada e *grupos de coordenação*, quando as empresas são independentes mas há um superórgão formado por representantes das diversas sociedades agrupadas; *grupos industriais, comerciais e financeiros*, conforme o tipo de atividade econômica.

6. Sociedades coligadas no direito civil

Sociedades coligadas do Código Civil brasileiro e grupo de empresas da CLT são uma só e mesma figura? Aparentemente, não. As

---

sas no direito brasileiro do trabalho, *Rev. do Trabalho*, 1946; Pinto Antunes, *A produção sob o regime da empresa*, Saraiva, 1964; Octavio Bueno Magano, *Os grupos de empresas no direito do trabalho*, São Paulo, 1978; Michel Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1957; Fábio Konder Comparato, *Aspectos jurídicos da macroempresa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970; Oscar Barreto, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969.

sociedades coligadas pressupõem entre as empresas relações de capital quando a controladora possua a maioria de votos na assembleia ou mediante ações ou quotas. Grupo de empresas, da CLT, não se limita a esse tipo de controle porque a lei trabalhista não indica de que modo é exercido o controle, a direção ou administração das controladas pela controladora para a configuração do grupo. Logo, pode caracterizar-se o controle por outra forma. A CLT, embora não o faça literalmente, não afasta um tipo de grupo, o grupo de fato, como também a unidade econômica e social. Entende-se como tal o grupo em que exista, entre os trabalhadores das diferentes empresas do grupo, o mesmo e unificado poder de mando e direção abrangente de todos os trabalhadores, uma única convenção coletiva, condições de trabalho similares, mesmo local de atividade, unidade de decisão.

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002), ao tratar das sociedades empresariais, dispõe sobre sociedades coligadas, controladas, filiadas ou de simples participação, definindo como *coligadas* "as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação" (art. 1.097); *controlada,* "a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores", e a sociedade cujo controle "esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas" (art. 1.098); *coligada ou filiada*, "a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la" (art. 1.099); e de *simples participação*, "a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de 10% (dez por cento) do capital com direito de voto" (art. 1.100).

Os critérios estabelecidos pelo Código Civil nos dispositivos acima transcritos são aplicáveis subsidiariamente às relações de trabalho diante do disposto na CLT, art. 8º, parágrafo único? O art. 2º, § 2º, da CLT declara que "sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica", serão solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas pelos débitos trabalhistas. Portanto, a legislação específica não é omissa quanto à configuração do grupo. Não contém o detalhamen-

to do Código Civil. Este, portanto, terá aplicação complementar, mas não principal, a ponto de modificar a descrição típica do citado dispositivo legal da CLT.

7. Os grupos na Lei de Sociedades Anônimas

A Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404, de 1976) dispõe que "a sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns" (art. 265), acrescentando que "as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos" (art. 266), e que "o grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham", fixando requisitos para a sua composição e funcionamento.

8. Grupos de empresas no direito do trabalho

Na Espanha há um conceito legal de grupo para fins trabalhistas (*Ley n. 22/1992*). Assenta-se na ideia de direção unitária e prevê presunções. Declara (art. 4º — disposições adicionais) que se consideram "pertencentes ao mesmo grupo as empresas que constituam uma unidade de decisão porque qualquer delas controla direta ou indiretamente as demais". Para indicar o tipo de controle a lei trabalhista remete ao Código de Comércio (1885 — nova redação de 2007), que harmonizou a legislação comercial com as normas da União Europeia. No plano processual, é admitida a legitimidade do grupo (*Ley de Procedimiento Laboral*, art. 16-1 e outros).

A jurisprudência valoriza um conceito amplo de grupo para fins trabalhistas seguindo a realidade da empresa e não o modelo societário, numa postura realista e protetora do empregado com a concepção unitária do grupo como comunidade de bens.

A lei espanhola (*Ley n. 10/1997*, arts. 3º e 4º) sobre direito de informação e consulta dos trabalhadores na empresa e grupos de em-

presas de dimensão comunitária (direito comunitário) define grupo de empresas como o formado por uma empresa que exerce o controle sobre as empresas controladas e considera empresa que exerce o controle aquela que pode atuar com influência dominante sobre outra por motivo de propriedade, participação financeira, estatutos sociais. É presumido o controle se tiver a maioria do capital subscrito, a maioria do direito de votos ou a faculdade de nomear a maioria dos membros do órgão de administração.

Vasta é a jurisprudência espanhola (*v*. Palomeque e De la Rosa, *Derecho del trabajo*, 2007).

A França (*Code du Travail* em vigor em 2008) utiliza-se de diversas disposições legais trabalhistas, a começar pelas duas formas de grupos, a contratual e a não contratual. A primeira facilita a identificação do grupo, que poderá ser entre algumas, mas não todas as empresas interconexas (subgrupo); a segunda, quando a situação suscitar dúvidas sem solução direta, faculta aos antigos *Comités de Group*, hoje *Conselhos de Empresas*, promover a ação judicial, caso em que a sentença proferida no processo dirimirá a dúvida valendo-se, como critério orientador, de um princípio legal, a *unidade econômica e social*, a ser medida pelo grau de integração econômica entre as empresas cuja configuração em grupo se pretende.

O sistema francês é o de *grupo vertical*, que é aquele em que há uma hierarquia, uma empresa dominante e as demais a ela econômica ou contratualmente subordinadas, como exige, também, a lei brasileira.

É dominante, no sistema francês, para a configuração do grupo o contrato de grupo ou, quando não existir, uma empresa que exerce influência sobre outra da qual detiver ao menos 10% do seu capital, e são válidas também presunções de dominância entre estas: sem prejuízo de prova em contrário, a empresa que pode nomear mais da metade dos membros dos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização de outra empresa, ou dispõe da maioria dos votos, ou detém a maioria do capital subscrito por outra empresa, direção unitária, alguma confusão patrimonial, a mesma sede e instalações, mesmo regime dos trabalhadores, uma única convenção coletiva etc.

Decisão judicial em processo da França põe a questão nos seguintes termos: "Uma unidade econômica e social entre muitas entidades econômicas juridicamente distintas se caracteriza, em primeiro lugar,

pela concentração dos poderes de direção no interior do perímetro considerado ainda que por similaridade ou complementaridade das atividades desenvolvidas pelas diferentes entidades; em segundo lugar, por uma comunidade de trabalhadores resultantes do seu estatuto social e condições de trabalho similares, podendo traduzir-se, na prática, por uma certa permutabilidade de trabalhadores" (Cassação, n. 99-60, 353, 2000, in *Le nouveau Code du Travail annoté*, 2009, p. 658).

São admitidas convenções coletivas de grupo.

Em Portugal, o Código do Trabalho (art. 378) dispõe que "pelo montante pecuniário resultante de créditos emergentes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, vencidos há mais de três meses, respondem solidariamente o empregador e as sociedades que com este se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo". Remete, no mais, ao Código de Sociedades Comerciais.

Consistente visão geral do tema nos é dada, com grande desenvoltura, pela professora Maria do Rosário Palma Ramalho em *Grupos empresariais e societários: incidências laborais* (2008).

No Brasil são aplicáveis a lei trabalhista e o Código Civil, que trata das sociedades coligadas de modo articulado. A lei brasileira (CLT, art. 2º, § 2º) adiantou-se a muitas outras ao instituir a *responsabilidade solidária* entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico pelas dívidas trabalhistas de cada uma delas perante os seus respectivos empregados.

O modelo brasileiro é do grupo vertical e do sistema de dominação da empresa-mãe sobre as demais a ela subordinadas, e a subordinação é jurídica ou econômica, aferida pelos meios de evidência possíveis ou por presunções diante da natureza da matéria. "Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outras, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas" (CLT, art. 2º, § 2º).

O tema é dos mais importantes no direito do trabalho, e estudado com grande proficiência por conceituados doutrinadores (Edilton Meirelles e Magano, *Os grupos de empresas no direito do trabalho*, 1979;

Orlando Gomes e Antunes Varela, *Direito econômico, os grupos de sociedade e a relação de trabalho*, 1977; Roberto Santos, Grupos empresariais e solidariedade passiva na nova legislação do trabalho rural, *LTr*, *37*:973; Pereira Leite, Grupo econômico, solidariedade e contrato de trabalho, *LTr*, *42*:444; Egon Félix Gottschalk, *Consórcio de empresas no direito brasileiro do trabalho*, 1946; e Marcus Vinícius Americano da Costa, *Grupo empresário no direito do trabalho*, 2000), o que atesta a sua relevância doutrinária e prática.

São insuficientes, para configuração do grupo econômico, mera comunhão de interesses ou aquisição ou locação de imóvel, de uma empresa por outra, tendo em vista as exigências contidas na descrição típica de grupo prevista pela CLT, art. 2º, § 2º, sem o que decai a responsabilidade solidária entre as empresas.

Primeira questão é saber o conceito trabalhista de grupo.

A CLT (art. 2º, § 2º) nos dá o conceito de grupo "industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica", assim considerando o agrupamento de empresas no qual uma delas exerce "a direção, controle ou administração de outra", o que leva inafastavelmente à existência, no grupo, de uma empresa controladora e empresas por esta controladas.

É divergente o entendimento doutrinário sobre a configuração de grupo econômico quando uma pessoa ou família são detentoras de quotas ou ações de mais de uma sociedade, porque essa situação não se enquadra na tipicidade legal sobre grupo.

A direção unitária é, em nosso entendimento, o elemento essencial do grupo. Quando não existir, fica retirada a característica fundamental do grupo, a integração empresarial suficiente.

Como é provada a existência do grupo?

De dois modos: pelo contrato de grupo e por presunção.

Pelo contrato quando as empresas resolveram reunir-se mediante um contrato de grupo e pela forma escrita, que será a prova da natureza desse tipo de agrupamento.

Por presunção quando inexistir contrato de grupo, caso em que por outros meios de prova, inclusive testemunhal, poderá ser demonstrada a existência do grupo, fundada em elementos indicativos.

O grupo é empregador único? Há solidariedade na responsabilidade pelos débitos trabalhistas? E se houver um só plano de participação nos lucros ou resultados ou um só plano de saúde para todas as empresas do grupo, este aspecto é suficiente para caracterizá-lo como grupo? Podem as empresas do mesmo grupo fazer um rateio de salários de um empregado que presta serviços para o grupo? Cada empresa do grupo, em categorias econômicas diferentes, terá uma representação sindical dos trabalhadores específica ou pode haver uma só para todo o grupo? E as convenções coletivas de trabalho são separadas para cada empresa do grupo, ou a existência de uma convenção abrangente para todas as sociedades de um grupo tem repercussões no próprio conceito de grupo?

Suas implicações quanto ao direito do trabalho não estão bem definidas, nem em outros países, de modo a possibilitar uma legislação conveniente sobre as exatas relações que devem manter esses grupos com os empregados tendo em vista o contrato de trabalho.

O grupo econômico é empregador único? Há uma *solidariedade ativa* das empresas componentes, ou, simplesmente, o grupo econômico responde solidariamente pelas dívidas trabalhistas dos empregados de cada uma das empresas que o constituem? Há mera *solidariedade passiva*, em termos análogos à solidariedade por dívidas existentes no caso do fiador e do avalista?

A revogada Lei n. 435, de 17 de maio de 1937, dispunha que sempre que uma ou mais empresas, tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial ou comercial, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis à empresa principal e a cada uma das subordinadas. No parágrafo único a mesma lei dispunha que "essa solidariedade não se dará entre empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas elas como um mesmo empregador". Neste ponto a lei fixava a solidariedade ativa.

Este parágrafo que estabelecia a solidariedade ativa foi revogado. A CLT (art. 2º, § 2º) manteve, estendendo-a para empresas de qualquer atividade econômica e não mais apenas comerciais ou industriais, a responsabilidade comum pelas dívidas trabalhistas dos empregados de todas elas, portanto a solidariedade passiva.

Evaristo de Moraes Filho[4] ensina: "Uma vez caracterizado inequivocamente o grupo consorcial, como empregador único para todos os efeitos trabalhistas, a solidariedade é não somente passiva como também ativa. As diversas empresas como que passam a ser meros departamentos do conjunto, dentro do qual circulam livremente os empregados, com todos os direitos adquiridos, como se fora igualmente um só contrato de trabalho. Cabe-lhes, neste sentido, cumprir as ordens lícitas, legais e contratuais do próprio grupo (empregador único), desde que emanadas de fonte legítima".

Camerlynck[5] alerta para o problema conhecido no direito francês como *transfert du salarié*, para criticar essas operações nas quais o empregado fica "girando como pião" de uma para outra empresa do grupo.

Discutível é a concepção do grupo econômico como empregador único, afirmada por parte da doutrina mas ainda sem base legal. Contraria a própria estrutura plurissocietária do grupo, característica da sua configuração.

Há pronunciamentos doutrinários segundo os quais a presença de acionistas em comum, em diferentes empresas, é insuficiente para fixar solidariedade passiva (Evaristo de Moraes Filho, Russomano, Süssekind e Délio Maranhão), orientação que já foi seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho (Ac. de 1º-10-1951, Proc. 5.237/50, Rel. Min. Delfim Moreira Jr., *RTST*, 1955, p. 8). Há decisão judicial declarando que "o simples controle acionário de várias empresas por uma ou mais pessoas físicas não configura o chamado grupo econômico, que pressupõe necessariamente a existência de uma empresa principal e de empresas subordinadas" (TRT, 3ª Reg., Proc. 107/63, Rel. Juiz Cândido Gomes de Freitas, in Calheiros Bonfim, *Dicionário*, 1965, p. 79-80). Outras decisões sustentam que o grupo não se presume, sua existência tem que ser provada por quem a alega (STF, 1ª T., RE 18.837, Rel. Min. Barros Barreto, in Calheiros Bonfim, *Dicionário*, p. 25; TST, Proc. 580/50, Rel. Min. Oliveira Lima, in Calheiros Bonfim, *Dicionário*, 1963).

---

4. *Introdução ao direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1978, p. 226.

5. Contrat de travail, in *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1968, p. 112.

Admitido o grupo como empregador único, nada impediria a transferência de empregado de uma para outra empresa do grupo ou a atribuição de maior carga de trabalho. Um advogado de uma empresa que amplia as suas atividades adquirindo diversas outras, paralelamente, passaria a dar assistência jurídica a todo o conjunto.

Dispõe a STST n. 129 que "a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário".

Como se vê, diferem os critérios da lei e da jurisprudência. A lei, ao declarar que, havendo grupo de empresas, estas serão responsáveis solidárias, segue a teoria da *solidariedade passiva*. A jurisprudência (ETST n. 129), ao dispor que a prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, pende para a diretriz fixada pela teoria da *solidariedade ativa*, porque considera um só o contrato de trabalho, mesmo que o empregado preste serviços para mais de uma empresa do grupo, desde que o faça no mesmo local e expediente. A derrogação, que é a exceção, só será reconhecida no caso de existir, entre o empregado e as empresas do mesmo grupo, contrato específico com cada uma dessas empresas.

9. Consórcio de empregadores

A palavra "consórcio", segundo o *Dicionário jurídico* de Maria Helena Diniz, tem mais de um significado. No direito civil é o mesmo que "casamento, associação, união ou comunhão de interesses". No direito comercial são "associações de pessoas ou empresas com interesses comuns constituídas mediante contrato", mas, também, "forma associativa de pessoas físicas ou jurídicas, que se reúnem, em grupo fechado, para obter um capital, ou coleta de poupança para adquirir, mediante pagamento de contribuições mensais, não só bens imóveis ou móveis duráveis, mas também serviços turísticos, abrangendo bilhetes de passagem aérea e pacotes turísticos, por meio de autofinanciamento, utilizando sistema combinado de sorteios e lances, ficando o montante sob fiscalização bancária". No direito administrativo, quer

dizer "acordo entre entidades públicas para atingir interesse comum". Fala-se, portanto, na linguagem jurídica, em consórcio administrativo, consórcio de empresas, consórcio de pessoas físicas, consórcio para aquisição de bens, e assim por diante.

Na lei trabalhista brasileira a expressão não aparece até o início de 2000, mas surgiu nos debates doutrinários, numa Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria GM/TEM n. 1.964, de 1º-12-1999, *DOU*, 2 dez. 1999), para estimular um novo modelo de contratação rural entre produtores e trabalhadores, por meio de suas entidades associativas ou sindicais. A Lei n. 10.256, de 9 de julho de 2001, que alterou a Lei n. 8.212/91, ao acrescentar o art. 25-A, equipara a empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos ou documentos do qual deverá constar a identificação de cada produtor. O consórcio deve ser matriculado no INSS e os produtores que o integram têm responsabilidade solidária em relação às obrigações previdenciárias.

O consórcio de empregadores não encontra barreiras no ordenamento jurídico vigente. Independe de lei. Nada impede que empresas se consorciem ou criem um condomínio. O consórcio é um tipo de sociedade formalizada por registro em Cartório, de um termo de responsabilidade solidária, identificação de cada consorciado, especificação do objeto, das atividades a serem desenvolvidas, das cotas de produção, remunerações e prazo de duração.

Há vantagens no consórcio: 1) a formalização dos vínculos de trabalho; 2) a maior proteção do trabalhador; 3) a continuidade da relação de trabalho quando contratada sob a forma de emprego; 4) a garantia dos mesmos direitos trabalhistas previstos pela legislação para o empregado.

Mas há, também, problemas jurídicos. Ninguém pode assegurar que o consórcio não pratica fraudes, talvez as mesmas das cooperativas, para burlar os direitos dos trabalhadores. A fraude não depende do tipo de tomador de serviço, mas da sua disposição de usar a lei de modo

abusivo. O consórcio não será uma exceção. Desse modo, não é uma garantia do cumprimento da legislação trabalhista. Estaria sujeito a fiscalizações, poderia ser multado, seria reclamado em processos trabalhistas, poderia nominar empregados de trabalhadores autônomos para fugir dos encargos trabalhistas, despediria os empregados quando os padrões salariais se elevassem, tudo como qualquer outro empregador. Seria, apenas, mais um empregador. Não é por ser consórcio que terá um atestado de bom comportamento da lei trabalhista. Estaria sujeito às mesmas tentações de todo empregador, entre as quais a necessidade de redução de custos, que sempre começa pelo sacrifício dos direitos dos trabalhadores. Talvez causas como essas expliquem o número pequeno de consórcios rurais.

Se no meio rural, o consórcio enfrentaria problemas de aplicação de convenções coletivas de trabalho. Em nosso arcaico sistema legal sindical, o instrumento coletivo aplicável aos contratos individuais de trabalho é o do sindicato de cada base territorial. Se o consórcio vier a ser um empregador que, pela natureza da atividade rural, poderá deslocar os empregados pelas diferentes propriedades rurais dos consorciados, e situando-se cada uma delas em base territorial sindical diferente, haverá um complicador: a definição da convenção coletiva a ser aplicada nos casos de trabalho prestado em bases geográficas sindicais diferentes. Muito difícil será fracionar o vínculo de emprego em períodos correspondentes a cada base sindical.

O mesmo problema do deslocamento dos empregados em propriedades rurais situadas em bases sindicais diferentes geraria uma disputa sindical, pelo que há de mais precioso para o sindicato: as contribuições sindicais. As contribuições teriam de ser divididas em fatias, proporcionais ao tempo de trabalho dos empregados em cada base sindical.

Não seriam diferentes as questões que poderiam surgir sobre competência jurisdicional. A regra, na Justiça do Trabalho, é a competência fixada em razão do local da prestação de serviços. Ora, os serviços serão prestados perante jurisdições diferentes. Enfrentaríamos uma geografia judicial complicada, a menos que o consórcio tenha uma sede e a lei dispuser que a competência será fixada pelo domicílio do empregador. Mas, para isso, teria de ser alterada a CLT.

10. Sociedade de prestação de serviços intelectuais

A Lei n. 11.196 (2005), art. 129, dispõe:

"Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil".

Convém expor, ainda que com brevidade, os fatos que a antecederam para que fiquem claras as razões que a determinaram.

A contratação da atividade trabalhista de uma pessoa física eleva os ônus do empregador[6], levando-o ou ao desestímulo para a admissão de pessoal ou à informalidade, ou à falsa formalização com a adoção de expedientes destinados a reduzir os encargos sociais para viabilizar o desenvolvimento do negócio. Entre os expedientes utilizados, um deles, *contra legem,* é fazer com que o empregado crie uma pessoa jurídica, uma sociedade, muitas vezes tendo como única sócia a sua esposa ou alguém da sua confiança. A sociedade, assim constituída, obedece a todas as exigências formais-legais, todavia, não tem empregados, não é uma organização, não tem local próprio ou alugado como sede — às vezes o endereço é o do escritório do contador que a montou —, o "sócio" é o único que trabalha, pessoalmente, inserido na organização da empresa beneficiada pelos serviços, com expediente interno, algumas vezes com horários, mediante subordinação, continuadamente e com pessoalidade porque a sua esposa, pseudossócia, não exerce, nem poderia, qualquer função ou atividade societária. Como a sociedade é formalmente existente, a remuneração do serviço prestado se faz mediante nota fiscal. Quando, e é o que na maioria dos casos acontece, há exclusividade dessa prestação para a empresa tomadora que se dispôs a reduzir os custos, o talonário de nota fiscal da prestadora é numerado em série e as notas são, unicamente, expedidas para a tomadora porque não há outro "cliente".

6. Há estimativas de que os encargos sociais cheguem a 100% sobre o salário básico.

A Justiça do Trabalho, em casos assim, com base no art. 9º da CLT, segundo o qual é nulo todo ato destinado a fraudar, desvirtuar ou impedir a aplicação da lei trabalhista, quando há prova de vínculo de emprego, o declara, condenando a empresa tomadora ao pagamento das obrigações trabalhistas, legais e decorrentes de convenções coletivas de trabalho, desqualificando a falsa sociedade e atribuindo, aos valores mensais das notas fiscais, a natureza salarial para todos os efeitos previstos no sistema jurídico.

Em alguns setores da atividade econômica, mas não unicamente, a prática da falsa pessoa jurídica ganhou maior dimensão, como nos setores artísticos, sendo conhecidos os casos de artistas de TV que trabalham como pessoa jurídica, embora na realidade o façam tipicamente como empregados; nos meios de publicidade, sabido que as empresas de publicidade têm situações iguais; e na atividade desportiva, sendo conhecido que famosos jogadores de futebol têm uma sociedade da qual recebem direitos de arena, direitos de imagem, restando, como salário, um percentual pequeno da totalidade do seu ganho mensal.

Entre, de um lado, coibir a fraude e aumentar o desemprego e a informalidade, e, de outro, favorecer o desenvolvimento econômico e reconhecer que melhor para o Estado é o pagamento de impostos, ainda que de uma falsa pessoa jurídica, que ficar sem receber, com a informalidade total, imposto nenhum, a lei optou por uma solução intermediária, não interferindo no aspecto trabalhista, mas transigindo quanto aos aspectos previdenciários e tributários.

Com essa perspectiva, a lei aceita a pessoa jurídica, de prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística e cultural, para dois fins: previdenciário e fiscal, com o que essas pessoas jurídicas respondem, não como pessoas físicas, mas como pessoas jurídicas para efeito de recolhimentos para o INSS e para a Receita.

Todavia, para fins trabalhistas, nada foi alterado, uma vez que, se um "sócio", nas condições acima descritas, ingressar com processo na Justiça do Trabalho e provar *pessoalidade, continuidade* e *subordinação*, poderá ser declarado empregado, para todos os efeitos da legislação trabalhista.

11. O empregador e seu poder de organização, poder de controle e poder disciplinar

Na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como a sua atividade é exercida.

Poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.

O poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o *poder de organização,* o *poder de controle* sobre o trabalho e o *poder disciplinar* sobre o empregado.

O *poder de organização* da atividade do empregado, combinando-a em função dos demais fatores da produção, tendo em vista os fins objetivados pela empresa, pertence ao empregador, uma vez que é da própria natureza da empresa a coordenação desses fatores.

Empresa é a organização complexa que combina os fatores da produção, de modo que ao empregador cabe dar a unidade no empreendimento, moldando-o para que cumpra as diretrizes a que se propõe.

A organização da empresa não deve ser apenas econômica, mas também social. Em outros sistemas jurídicos a empresa, além dos órgãos de que se compõe e de fins econômicos, como a assembleia, o conselho fiscal e a diretoria das sociedades anônimas, tem órgãos de finalidade trabalhista, desde os delegados de pessoal até os Comitês ou Conselhos de Empresa, do direito da França e outros países.

Poucas são as normas em nosso direito destinadas a dar organização social à empresa. Raro exemplo (CF de 1988, art. 7º, XXV) é a obrigatoriedade de assistência gratuita aos filhos de até 6 anos dos seus empregados, por meio de creche e pré-escola.

A empresa pode ter um regulamento interno, unilateral ou bilateral, conforme tenha ou não o concurso dos empregados. Também terá quadro de carreira prevendo promoções segundo critérios alternados de merecimento e antiguidade. Trata-se de medidas que a lei faculta, mas não obriga.

Sendo detentor do poder de organização, cabe ao empregador determinar as normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado e que são expedidas por mero contato verbal, individual ou geral, ou por comunicados escritos, avisos, memorandos, portarias etc.

Poder disciplinar é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares.

Há duas correntes doutrinárias, uma negando, outra afirmando o poder disciplinar do empregador, predominando esta última.

Entre os que se filiam à primeira corrente, inclui-se, na França, Jean-Claude Javillier[7], mas não a ponto de negar totalmente o direito do empregador de punir o trabalhador. Quando Javillier fala em "inexistence du droit disciplinaire", refere-se à absorção desse direito pelo direito do contrato; portanto afasta o fundamento institucional. No Brasil, Antonio Lamarca não aceita o poder disciplinar do empregador.

Outra corrente admite o poder disciplinar fundado ou no *contrato* (doutrina contratualista), ou na *propriedade privada* (doutrina da propriedade privada), ou na *instituição* (doutrina do institucionalismo).

Para a primeira corrente, o fundamento do poder punitivo do empregado é o próprio contrato, expressão de autonomia da vontade das partes e do estado de sujeição decorrente do próprio vínculo de natureza contratual. Nessas condições, o poder disciplinar teria uma origem privatística, a própria relação de emprego. Vasco de Andrade e Riva Sanseverino têm este ponto de vista.

Para a segunda, o poder disciplinar decorre da propriedade da empresa, conjunto de bens pertencentes ao patrão. Quem tem a propriedade deve ter o correlativo direito de usá-la e dela desfrutar, e assim justificar-se-ia a atitude punitiva do empregador na defesa de sua propriedade. Afirma Evaristo de Moraes Filho que "não há dúvida, que dentro do seu estabelecimento, é um empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sob o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário no seu negócio, julgando-se por isso o senhor do céu e da terra. Tudo mais

7. *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 1978, p. 240.

que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar"; assim essa tese significa mesmo que o poder de um homem sobre outro homem é em razão da propriedade.

Para a terceira corrente, o institucionalismo, existe o poder disciplinar do empregador porque dentro de uma comunidade devem existir os meios necessários aos seus membros no interesse do grupo social organizado para que possam ser constrangidos. Deve haver um poder ou uma autoridade inerente a toda instituição; esse poder é social, não é individual, exercido, portanto, para o bem da coletividade; esse poder se expressa pelos meios necessários para o cumprimento das suas finalidades, as penas ou sanções disciplinares.

O poder disciplinar exercita-se segundo uma forma que será estatutária ou convencional, sempre subordinada à forma legal. Estatutária, quando o regime de disciplina e sanções aplicáveis à sua violação estão previstos no regulamento da empresa, e convencional, quando previsto em acordos ou convenções coletivas. Essas duas formas não podem contrariar as normas legais, que são protecionistas e se destinam a evitar o abuso de direito. Com o mesmo fim, o poder disciplinar é submetido a controle, que será estatal ou não estatal, o primeiro mediante controle do Ministério do Trabalho ou do Poder Judiciário, o segundo pelos organismos de relação entre pessoal e empregador na empresa.

No Brasil, a CLT permite a suspensão disciplinar do empregado de até 30 (trinta) dias (art. 474). Se a penalidade tiver duração maior, terá os mesmos efeitos que dispensa sem justa causa, assegurados ao empregado os direitos da ruptura do contrato pelo empregador. Embora não prevista em lei, a advertência é admitida sob o argumento de que prevendo a lei sanção mais grave e prejudicial, a suspensão, em nada impede penalidade mais branda, a advertência, uma vez que nesta o trabalhador não perde o salário nem deixa de trabalhar. Não há normas legais regulando a forma como devem ser comunicadas a suspensão e a advertência, pelos usos por meio de carta. Não são admitidas outras penalidades, como a multa, salvo quanto a atletas profissionais, o rebaixamento de função, salvo quanto a exercentes de cargos de confiança, e as transferências punitivas. O controle sobre o exercí-

cio do poder disciplinar cabe à Justiça do Trabalho, podendo o empregado punido pedir mediante processo judicial a anulação da penalidade.

O poder de controle dá ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado. A atividade deste, sendo subordinada e mediante direção do empregador, não é exercitada do modo que o empregado pretende, mas daquele que é imposto pelo empregador.

A fiscalização inerente ao poder diretivo estende-se não só ao modo como o trabalho é prestado, mas também ao comportamento do trabalhador, tanto assim que é comum a revista dos pertences do empregado quando deixa o estabelecimento. Não prevista em lei, a revista surgiu dos usos e costumes, desde que não abusiva. Será abusiva quando ferir a dignidade do trabalhador, como a revista do empregado despido.

Forma de controle é a marcação dos horários de entrada e saída no serviço por meio de cartões de ponto ou livro de ponto, a prestação de contas de empregados vendedores, o controle de qualidade de peças produzidas pelo empregado etc.

Com o avanço tecnológico, surgiram novos mecanismos de controle adotados por empresas, como a instalação de circuito interno de televisão nos locais de trabalho, o uso de sensores nas revistas, os cartões magnéticos e fotos automáticas de documentos de identidade e de pessoas para entrar nos prédios onde estão estabelecidas. Em muitos casos, essas técnicas são utilizadas para atender a imperativos de segurança. Os princípios trabalhistas aplicáveis são os mesmos, não havendo motivo para ser alterada a regra, que é o respeito à dignidade e à privacidade da pessoa, e as exceções, que são as exigências de segurança e da organização.

12. Participação do trabalhador na gestão

A *cogestão* tem merecido, da doutrina, expressivas contribuições, entre as quais as que resultam dos livros *La participation des travailleurs aux décisions dans l'entreprise*, OIT, Genève, 1981; *La cogestión de las grandes empresas en Europa — la experiencia alemana y la ley de cogestión de 1976*, Antonio Ojeda Aviles, Sevilha, Univ. de Sevilha, 1978; *Autogestão: uma mudança radical*, Alain Guilherm e Yvon

Bourdet, trad., São Paulo, Zahar, 1976; *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Jose Almansa Pastor, Madrid, Technos, 1965; *Cogestão no estabelecimento e na empresa*, Antônio Álvares da Silva, São Paulo, LTr, 1991, e outras.

Diversos aspectos da questão podem ser discutidos, a começar pela *localização do tema*, porque poderá tratar-se de tema de direito coletivo do trabalho se expressar o exercício do interesse coletivo; mas será tema de direito individual do trabalho se apreciado como o estudo de um dos sujeitos do contrato de trabalho, o empregador e sua configuração, compreendendo a empresa, o grupo de empresas, a integração dos trabalhadores na empresa com a participação nos lucros ou resultados, acionariado e na gestão; poderá, ainda, ser examinado como matéria de normas de organização, o direito organizacional do trabalho, que se encarrega do estudo estrutural das organizações como o Estado, sindicatos, empresas, portanto, o quadro institucional do direito do trabalho.

A *cogestão* relaciona-se, também, com o estudo dos modelos de relações de trabalho: o modelo conflitivo franco-italiano e o modelo integrativo norte-americano e japonês.

Muito importante foi a experiência da Alemanha desde 1891 com a Lei de Organização da Profissão, que previa comissões de empregados, passando, em 1916, a ampliar-se com a Lei do Serviço Auxiliar Patriótico, que tornou essas comissões obrigatórias em todas as empresas com mais de 50 empregados; desenvolveu-se em 1920 com a Lei dos Conselhos de Estabelecimentos, em 1951 com a Lei de Conselhos de Empresas, em 1972 com a Lei de Cogestão de Empresas, alterada em 1976, de modo que é ampla a contribuição do direito alemão, embora não sendo a única.

O princípio revela o propósito de intervenção jurídica na ordem econômica em defesa do trabalhador e com o objetivo de reformular a estrutura social, numa tentativa de corrigir as distorções decorrentes da denominada questão social.

Fundamenta-se no *direito de participação* e na ideia do *pluralismo jurídico* e terá como meio de realização a reforma estrutural da empresa, considerada a principal comunidade de trabalho, reunindo a

maior parte da população. Assim, destina-se a uma modificação da estrutura social, admitida uma nova concepção de empresa, com a valorização do trabalho, ao lado do capital.

O sistema de *cogestão* da empresa significa para o empregado tomar parte no governo da empresa. Não se confunde com participação nos lucros, que quer dizer participar dos resultados mas não necessariamente da gestão. Nem se confunde com participação no capital, que significa a propriedade da empresa. Uma empresa pode ter um sistema de participação na gestão sem ter os demais e vice-versa.

A cogestão é a forma mais evoluída e completa de representação dos trabalhadores na empresa.

O debate sobre a avaliação da cogestão pode ser resumido da seguinte forma.

São motivos favoráveis apontados pelos doutrinadores: a) éticos, entre os quais favorecer o desenvolvimento da dignidade humana; b) político-sociais, como a democratização da empresa e a melhoria do relacionamento com o pessoal; c) econômicos, destacando-se a possibilidade do crescimento da empresa pela diminuição da conflitividade; d) jurídicos, diante da insuficiência do contrato de trabalho como técnica de captação das relações de trabalho, aspecto que leva ao estudo do contratualismo e anticontratualismo.

De outro lado, são razões contrárias: a) o enfraquecimento da unidade de direção da empresa porque interesses de empregados e empregadores podem contrapor-se, o que se refletirá na tomada comum de decisões, gerando a inviabilidade da gestão da empresa e a liberdade econômica, pondo em risco a vida daquela; b) o enfraquecimento e a independência do movimento sindical, com a interiorização, na empresa, das decisões de interesse dos trabalhadores, sem a possibilidade de participação dos sindicatos e em prejuízo das suas funções de defesa dos interesses dos trabalhadores; c) a falta de adequada formação dos trabalhadores para o exercício da direção da empresa; d) o envolvimento do empregado com o empregador, contrário à teoria da luta de classes.

Os níveis de cogestão, em resumo, tema correlato ao próprio conceito do instituto, podem ser assim definidos: a) em sentido amplo é qualquer presença obreira na gestão econômica, e em sentido estrito

a cogestão é compreensiva unicamente dos processos de decisão conjunta e paritária ou codecisão; b) a cogestão não é praticada em um só nível, mas em diversos, de acordo com o modelo adotado, desde a unidade básica do local de trabalho, discutindo-se sobre jornada, férias, execução das tarefas, turnos, segurança e higiene etc., até o nível de estabelecimento no qual mais própria é a discussão sobre a aplicação de diretrizes de cima e autônomas, caso em que a estrutura adequada é a de um Conselho de Estabelecimento, inclusive com atribuições de conciliação, como, ainda, o nível de empresa no qual se decidem questões de regulamento de pessoal, plano de cargos e salários, e questões econômicas, como participação nos lucros, nível em que tanto pode haver um Comitê ou Conselho de Empresa como o preenchimento de cargos reservados para trabalhadores na direção da empresa ou Conselho de Administração.

Podem, ainda, em sentido amplo, ser consideradas cogestões estruturas supraempresariais como os Conselhos Gestores de Fundos Sociais e Planos Econômicos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1967 acolheu o princípio da "integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos", reproduzido pela Constituição Federal de 1988, art. 7º, XI, que declarou a "participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

Uma experiência interessante, no Estado de São Paulo, é a Lei n. 3.742, de 1983, e a Lei n. 4.096, de 1984, dispondo: "fica instituída a obrigatoriedade da inclusão de, pelo menos, 1 (um) representante dos trabalhadores de empresa, na diretoria das sociedades anônimas em que o Estado seja acionista majoritário, devendo esse representante ser eleito pelos próprios trabalhadores".

13. Participação do trabalhador nos lucros

A segunda forma de participação do empregado na empresa é nos lucros.

A origem do sistema da participação nos lucros remonta, para alguns historiadores, ao industrial Leclaire, dono de uma fábrica, es-

tabelecido em Paris, em 1827, e que, em determinado dia, reunindo os seus operários, retirou de uma sacola o dinheiro proveniente dos resultados do empreendimento e o distribuiu com os trabalhadores. Outros alegam que o seu pioneiro foi Robert Owen, na Escócia, em princípios do século XX. Também o industrial francês Godin teria dado provas de sustentar a mesma ideia, chegando, em 1880, a ceder a sua fábrica aos operários. Em Paris, reuniu-se o Congresso Internacional de Participação nos Benefícios, em 1889, definindo o sistema como a convenção livremente consentida, em virtude da qual o obreiro ou empregado recebe uma parte perfeitamente determinada dos benefícios, conforme a equidade e os princípios essenciais do direito positivo. A OIT, por sua vez, declara que "a participação nas utilidades constitui um método de remuneração, em virtude do qual um empregador atribui ao seu empregado uma parte das utilidades da empresa, além dos seus salários normais". Para Liedo Martins, em *La participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa* (Madrid, 1949, p. 19), é "um sistema de remuneração do trabalho, complementar ao salário e dirigido para o contrato de sociedade, segundo o qual, todo trabalhador, além do salário normal, participa dos benefícios da empresa em que presta os seus serviços, sem nenhuma responsabilidade quanto aos prejuízos".

Formaram-se diversas correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da participação nos lucros. As principais são as seguintes: a) *Sociedade*. A participação nos lucros tem a característica de um contrato de sociedade e não de um contrato de trabalho, por força da própria distribuição dos lucros entre os sujeitos dessa relação jurídica. Ressalte-se, no entanto, que pode haver participação nos lucros num contrato de sociedade, mas também em outras formas contratuais. Para Hueck e Nipperdey, será necessário formular distinções, porque no contrato de trabalho existe uma permuta de prestações, enquanto na sociedade há trabalho comum; neste, de outro lado, há coordenação, naquele, subordinação. b) *Contrato de trabalho*. Não fica alterada a natureza do contrato de trabalho com a participação nos lucros, porque o modo de remuneração não é determinante das características da instituição jurídica, sendo possível esse tipo de retribuição do serviço

sem que o empregado se converta em sócio. Assim, a participação nos lucros será considerada simplesmente uma modalidade de pagamento do trabalhador na relação de emprego. c) *Contrato "sui generis"*. A participação nos lucros descaracteriza o contrato de trabalho mas não chega a configurar um contrato de sociedade. É uma figura especial, uma forma de transição do regime ortodoxo do assalariado para um novo tipo de relacionamento jurídico-econômico.

A doutrina brasileira, influenciada pela legislação (CLT, art. 457, § 1º), que considera percentagens salários, posicionou-se inicialmente pela natureza jurídica salarial, tese na ocasião defendida, entre outros, por José Martins Catharino, para quem "no nosso direito positivo é salário a participação determinada de acordo com percentagem sobre lucros ou em relação às entradas, toda vez que seja feito o contrato de trabalho"; por Luiz José de Mesquita, ao afirmar que "esse pagamento incorpora-se, para o futuro, na remuneração"; e por Délio Maranhão, ao dizer que "a participação nos lucros é, pois, salário".

Todavia, essas opiniões, ressalve-se, foram expendidas antes da Constituição de 1988, e agora seriam diferentes, em razão da alteração da lei. Basta exemplificar com o magistério do Min. Arnaldo Lopes Süssekind (*Instituições de direito do trabalho*, em coautoria com Délio Maranhão e Segadas Vianna, 13. ed., São Paulo, LTr, 1993, v. 1): "Modificação de relevo ocorreu com a natureza jurídica da prestação paga ao empregado a título de participação nos lucros da empresa. A doutrina e a jurisprudência dos nossos tribunais sempre afirmaram sua natureza salarial (Súmula TST n. 251). Hoje, todavia, a prestação paga como participação nos lucros ou nos resultados está expressamente 'desvinculada da remuneração', isto é, não constitui salário e, por via de consequência, não pode ser computada: a) no pagamento do salário devido ao empregado; b) na base de incidência dos depósitos do FGTS, das contribuições previdenciárias e de outros tributos cujo fato gerador seja a remuneração do empregado; c) no cálculo de adicionais, indenizações e outras prestações que incidam sobre a remuneração".

Para a corrente que sustenta a natureza jurídica de contrato de sociedade, a participação nos lucros descaracteriza o contrato de tra-

balho e transforma o assalariado em sócio da empresa, perdendo a sua condição de empregado. A participação nos lucros não exclui a relação de emprego. Ao contrário, muitas vezes é paga como gratificação de balanço, com a qual quase se confunde. É um instrumento para motivar o empregado, fazendo com que seja diminuído ou afastado o antagonismo, surgindo em seu lugar a ideia de colaboração. Mas esses objetivos só serão viáveis desde que seja rejeitada essa tese, porque, uma vez aceita, seria recebida como instrumento de fraude contra o trabalhador, como meio de evitar a aplicação da legislação trabalhista e dos seus mecanismos de proteção, hoje em evoluído grau, por meio não só das leis como das convenções coletivas de trabalho. Seria, também, difícil imaginar que todos os assalariados que passam a ter participação nos lucros deixam de ser subordinados, quando se sabe que a inserção do trabalhador na empresa mantém a sua condição de trabalhador subordinado, logo de empregado.

A tese de participação nos lucros como contrato *sui generis* parte do pressuposto de que a sua instituição indica o início da sonhada fase de transição entre o regime de salário e o regime de sociedade, situando-se o sistema de participação exatamente como a ponte pela qual serão percorridos os caminhos que permitirão ao trabalhador afastar-se da sua condição desfavorável, como segmento social, para situar-se em posição melhor, ao lado do capital e usufruindo as vantagens dele. Aceita essa tese, a participação nos lucros não é salário, mas também não faz do assalariado um sócio do empregador.

14. Participação do trabalhador no capital

Uma forma participativa ampla do trabalhador na empresa é o *acionariado*.

Consiste na distribuição da propriedade dos meios de produção entre os trabalhadores e capitalistas.

É, por conseguinte, a forma mais ampla de participação.

Pode realizar-se mediante a forma de cooperativas ou do denominado acionariado, isto é, a distribuição de títulos ou ações da sociedade aos seus trabalhadores.

Transforma, gradativamente, o contrato de trabalho em contrato de sociedade na proporção do aumento dos lucros distribuídos aos empregados e desde que se eleve no capital. Difere da participação nos lucros porque nesta o trabalhador apenas aufere um sobressalário proporcional ao movimento da produção da empresa sem dela se tornar proprietário. No acionariado, o trabalhador, recebendo ações da empresa, dela se torna sócio.

O Código Social de Malinas já se referia às *ações de trabalho*. A doutrina social da Igreja Católica defendeu a necessidade de atenuar as asperezas do contrato de salário com outro tipo de contrato, a sociedade. Encontra sustentação em diversos pensadores, como Bugarola, que diz: "O acionariado obreiro é um procedimento encaminhado a influir sobre a maneira de raciocinar do trabalhador. Persuade-o de que seu destino depende da empresa e de que, em definitivo, o trabalho intensivo, consciente e cuidadosamente realizado, que enriquece aquela, também lhe assegura, a ele, uma remuneração cada vez mais alta. Tem havido empresas que cederam ações a seus empregados e com isso conquistaram, a serviço dela, a sua força de trabalho e suas economias".

Pierre Bigo[8] faz as seguintes afirmações: "A propriedade dos trabalhadores sobre os bens da empresa, com a condição de que esta propriedade seja adquirida segundo os modos legítimos, pode ser perfeitamente organizada, e ela o foi no caso da cooperativa de produção e da comunidade de trabalho. Trabalhadores conseguiram, mediante empréstimo ou de outra maneira, os capitais necessários para seu trabalho, sendo, então, capacitados para arbitrar perfeitamente o ponto de vista do trabalhador e o ponto de vista da obra, porque eles sofrem diretamente as consequências financeiras das decisões que eles tomam. A experiência mostra que a direção destas empresas trabalhadoras é geralmente muito estável. Mas a propriedade trabalhadora só foi realizada até agora por pequenas empresas". Para Galache, Giner e Aranzadi[9] o sistema consiste "na distribuição da propriedade dos meios de

8. *A doutrina social da Igreja*, p. 420.

9. *Uma escola social*, Loyola, p. 308.

produção entre doadores de capital e doadores de trabalho. É a meta suprema das reformas dentro da empresa. Leva consigo a participação na gestão e nos benefícios". Paulo Sarasate[10] define acionariado como "uma fórmula de remuneração extra ou suplementar que assegura aos empregados um certo número de ações, equivalentes total ou parcialmente ao valor da sua participação nos lucros ou em qualquer das outras modalidades de integração na vida e no desenvolvimento da empresa". Distingue acionariado e copropriedade, aquele visando a associar capitalistas e operários e esta não.

Os objetivos do acionariado, segundo Georges Ville[11], são: 1) partilhar o lucro que a empresa aufere do trabalho e, notadamente, o lucro não distribuído e reincorporado, cada ano, de maneira mais ou menos oculta na própria empresa; 2) desproletarizar os trabalhadores, dando-lhes outra visão que a de venderem simplesmente seu trabalho e de serem explorados por uma empresa, para um ideal que não é o deles; 3) assegurar um capital para a velhice, como se fora uma espécie de economia forçada; 4) estreitar os laços psicológicos, afetivos, entre os assalariados e a empresa, incorporando-os à estrutura da equipe de produção por outras razões que o simples atrativo do salário ou a segurança do emprego; 5) permitir ao pessoal participar *legalmente* na gestão por sua presença nas assembleias gerais e pelo acesso eventual ao conselho de administração tanto quanto é permitido aos acionistas; 6) afastar pouco a pouco o capital, no que respeita ao grupo dirigente da economia e utilizador dos trabalhadores, de seus propósitos acentuadamente egoístas; 7) conduzir as rendas, embora numa progressão realmente muito lenta, para um *acionariado* das massas.

As principais formas do sistema são as seguintes:

a) acionariado individual, quando as ações são atribuídas diretamente ao trabalhador;

b) acionariado coletivo, se as ações são destinadas a associações operárias ou aos trabalhadores em conjunto;

---

10. *Participação nos lucros e na vida da empresa*, FB, p. 136.

11. *Acionariado obreiro*.

c) acionariado sindical, quando as organizações sindicais adquirem com os recursos próprios ações das empresas;

d) acionariado de sociedade, quando uma sociedade operária de previdência adquire ações de diversas empresas;

e) acionariado salarial, forma intermediária entre o acionariado e o salário; as ações são adquiridas pelos próprios lucros das empresas e distribuídas aos empregados como parte do salário.

Na França, a Lei de 1917 previa sociedades anônimas com a participação obreira, criando ações de trabalho atribuídas a uma cooperativa de mão de obra, mas essa lei tornou-se sem aplicação. Na Argentina, no plano quinquenal de 1947, foi incluído projeto de acionariado obreiro sem obter resultado.

Modalidade praticada em empresas, principalmente para favorecer altos empregados, é a *opção de compra de ações*, pela qual a empresa confere aos participantes, como o nome indica, o direito de comprar ações mediante opções que devem ser exercidas dentro de determinado prazo, caso em que o empregado pode adquirir certo número de ações por um preço previamente estabelecido. Tem grande aceitação não só nos Estados Unidos como em alguns países da Europa, sobre a qual existem estudos, dos mais interessantes, como os de, na Itália, Giuseppe Acerbi, em *Osservazioni sulle stock options e sull'azionariato dei dipendenti*, que identifica sua origem com as ações industriais de participação do empregado na empresa; e no Brasil, de Almir Rogério Gonçalves, em "O sistema cambial brasileiro e a implantação de programas de *stock option*" (*Revista de Direito Mercantil*, Atualidades, p. 142), em que sustenta que "este tipo de programa se resume basicamente à concessão ao funcionário no país de uma opção de comprar em determinada data, geralmente alguns anos depois, determinado número de ações da empresa matriz, negociáveis em uma bolsa no exterior pelo preço da cotação na data da concessão"; e por Domingos Zainaghi, em "Aspectos trabalhistas nos programas de *stock option*" (*Síntese Trabalhista*, n. 133, jul./2000, p. 23), no qual afirma que "os programas de *Stock Options* não se constituem em salário, pois não são comissões, nem gratificações, abonos ou prêmios, e nem em salário-utilidade, já que há o pagamento por parte do empregado, sem

esquecer que este não está obrigado a aderi-lo, pois o próprio termo opção já traduz a não obrigatoriedade".

O número de ações é conferido de acordo com o desempenho do empregado, porque é essa, exatamente, a base de todo plano de participação visando a diversificar as situações de acordo com a maior ou menor realização, pelo empregado, das metas e objetivos delineados pelo plano. Não nos parece consistente, *data venia*, o entendimento segundo o qual o empregado não adquire, de fato, ação alguma, consistindo o exercício da opção numa simples operação de compra e venda simultânea desenvolvida pelo empregador, creditando-se para o empregado a diferença entre o valor da compra da ação conforme o preço que lhe fora prefixado e o valor da venda da ação conforme o preço praticado pelo mercado no momento da negociação. Além de discutível essa conclusão, deve ser avaliada em conjunto com a noção de *opção de compra*, no que não vemos nenhum expediente de fraude, mas uma operação que segue suas características naturais na forma com que é praticada no mercado.

Risco, para o empregado, há, como salientou Sérgio Teixeira Jr. em "Um guia para saber se as opções de ações — as tais *stock options* — são um grande negócio ou uma dor de cabeça para os executivos", que assim o define: "É um contrato de risco entre empregador e empregado, nos seguintes termos: o funcionário recebe o direito de comprar um determinado número de ações da empresa pelo valor da época da contratação. Depois de um período mínimo, geralmente de um ano, ele pode efetivamente comprar uma parte dos papéis a que tem direito e revendê-los por um preço maior — e, para que essa valorização ocorra, entra o esforço do funcionário". Como se vê, o preço dependerá da valorização das ações e segue a mesma sorte destas, o que afasta, definitivamente, a ideia da inexistência de riscos.

Na Circular n. 3.013, de 23 de dezembro de 2000, art. 1º, o Banco Central decidiu: "Alterar o Regulamento do Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes para permitir o investimento brasileiro no exterior por parte de pessoas físicas, funcionários de empresas brasileiras pertencentes a grupos econômicos estrangeiros, com vistas à aquisição de valores mobiliários, fracionários ou não, representativos de ações de emissão de empresa líder do grupo no exterior, ou cotas de fundo de

investimento constituído fora do País com propósito único de adquirir ações da matriz estrangeira em programas lançados exclusivamente para funcionários".

15. A microempresa

Visando a contribuir para o desenvolvimento da economia e redução dos problemas sociais brasileiros, foi expedida a Lei n. 7.256, de 27 de novembro de 1984, regulamentada pelo Decreto n. 90.880/85, o Estatuto da Microempresa, considerada como tal a que obtiver registro especial que lhe atribua essa qualidade, caso em que terá um tratamento diferenciado, simplificado e favorecido.

Tratamento mais amplo foi dado à matéria pela Lei n. 8.864, de 28 de março de 1994, dispondo sobre microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

A legislação foi alterada pela Lei n. 9.841, de 5 de outubro de 1999, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido, previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal de 1988.

A lei trata do regime previdenciário e trabalhista dessas empresas, para eliminar exigências burocráticas e obrigações acessórias que sejam incompatíveis com o tratamento flexível.

As questões principais que se colocam são: 1) justifica-se um tratamento jurídico trabalhista diferenciado nas relações de trabalho da micro e pequena empresa? Em caso afirmativo, a quem beneficiaria. Aos trabalhadores, aos empregadores ou a ambos? 2) O que se deve entender por tratamento diferenciado e quais são os limites constitucionais a ele impostos?

Quanto à primeira questão, entendo plenamente correto o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas nas relações de trabalho, porque não se justifica que sobre elas recaiam as mesmas obrigações trabalhistas impostas pela lei às médias, grandes e empresas multinacionais, o que é fácil entender.

Uma convenção coletiva de trabalho não diferenciada, aplicável de modo uniforme a toda uma categoria e abrangendo todos os empregadores do setor, estabeleceria obrigações e ônus incompatíveis com seu porte, levando-a a uma posição insuportável

As condições de trabalho nelas existentes são realmente diferentes das que se verificam nas empresas maiores em uma série de aspectos: em número de empregados, que nas microempresas são poucos, em alguns casos não mais que cinco ou seis; em relacionamento com os empregados, direto, quase se confundindo o empregador com seus subordinados, enquanto nas empresas maiores essas relações são estruturais, por meio de gerências de recursos humanos e outros órgãos; em lucratividade do empreendimento, pequeno num caso e muito maior, como regra, no outro; em identificação entre patrão e trabalhadores, num caso formando-se uma parceria com solidariedade, noutro uma fria relação entre o capital e o trabalho em posições opostas; na oferta de empregos, sabendo-se que a micro e pequena empresas são no Brasil as maiores fontes de trabalho, em sua maioria informais, situação que nos põe diante do problema da necessidade de formalização e dos meios que podem levar a esse fim; e na formalização do trabalho, porque em grande parte as relações de trabalho nas microempresas são informais. É o suficiente para mostrar que o modelo de direitos e obrigações trabalhistas que serve para as micro e pequenas empresas não pode ser o adequado para as grandes empresas, o que justifica um tratamento jurídico trabalhista diferenciado nas suas relações de trabalho.

A quem a diversificação beneficiaria? Aos trabalhadores, aos empregadores ou a ambos?

Beneficiaria a sociedade.

Não pode ser aceita a crítica apressada que vê no tratamento diversificado uma forma de criar trabalhadores de segunda categoria — que seriam os das microempresas –, comparados com os empregados das grandes empresas se tivessem direitos menores. Se essa é a premissa, teríamos de admitir que a situação já existe. Quem não sabe que trabalhar numa multinacional ou numa grande empresa, assim como trabalhar numa grande e moderna indústria e numa fábrica pe-

quena, é para o trabalhador diferente, porque as condições de trabalho naquelas são melhores?

Com a diversificação e a simplificação, a admissão de empregados pelas microempresas seria mais fácil e maior, o que traria efeitos positivos. O mercado de trabalho seria ampliado, o combate ao desemprego, mais eficaz e o enfrentamento aos efeitos da crise econômica, mais eficiente.

Trabalhadores de segunda categoria são os desempregados, precarizados e informais. Os que se põe dentro da legalidade em decorrência de uma política de abrandamento dos rigores da lei trabalhista não o são porque com a formalização ganham outros direitos, como os previdenciários, o fundo de garantia do tempo de serviço e outros resultantes das negociações coletivas.

A diversificação do tratamento trabalhista aos empregados das microempresas não contraria o princípio da isonomia, porque a verdadeira igualdade material está em tratar desigualmente situações desiguais.

Que se deve entender por tratamento diferenciado e quais são os limites constitucionais a ele impostos?

Tratamento diferenciado significa, como a expressão indica, um modelo de direitos e obrigações trabalhistas diferente daquele aplicável às relações de trabalho em geral, sob pena de, não sendo assim, deixar de ser diversificado.

A Constituição de 1988 o introduziu em dois dispositivos, um detalhado e outro genérico em termos principiológicos, aquele se traduzindo no art. 179, segundo o qual "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias, creditícias, ou pela eliminação ou redução destas pela lei"; esta pelo art. 170, IX, ao declarar entre os princípios gerais da atividade econômica o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

Como interpretar os textos constitucionais?

A interpretação gramatical levaria à conclusão restritiva, uma vez que o art. 179 silenciou sobre os direitos trabalhistas, o que levaria à conclusão de que estariam excluídos da diversificação porque não foram apontados pelo legislador quando delimitou o âmbito desenhado para a diferenciação, interpretação que não pode ser desprezada. A interpretação sistemática, no entanto, ampliaria esse âmbito não só porque o art. 170 é genérico e dá sustentabilidade a uma compreensão ampla que não eliminaria a diversificação trabalhista, como também estaria em consonância com outros princípios constitucionais, entre os quais a "busca do pleno emprego" (CF, art. 170, VIII), diretriz que deve prevalecer, porque realmente necessária a diversificação numa perspectiva de igualdade formal e sob o aspecto trabalhista e econômico absolutamente necessária para a evolução do setor e a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Outros aspectos devem ser registrados.

As microempresas e empresas de pequeno porte são dispensadas do cumprimento das obrigações acessórias a que se referem alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho: a) do quadro de horário; b) da anotação da concessão das férias coletivas no livro ou em fichas de registros dos empregados; c) da manutenção obrigatória de aprendizes em cursos do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial — SENAI; d) da manutenção do livro de inspeção do trabalho.

Porém, não estão dispensadas da obrigação de fazer anotações do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social dos empregados, da apresentação da Relação Anual de Informações Sociais — RAIS e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados — CAGED, do arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias enquanto não prescreverem as correspondentes ações judiciais e da apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social.

No que se refere à fiscalização trabalhista, a finalidade primeira da inspeção será a orientação e não a punição, observado o critério da dupla visita, salvo quanto a infrações por falta de registro de empregados ou anotações da Carteira de Trabalho e Previdência Social, ou, ainda, reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

Na homologação da rescisão do contrato de trabalho, o extrato de conta vinculada ao trabalhador relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pode ser substituído pela Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social pré-impressas no mês anterior, desde que a quitação venha a ocorrer em data anterior ao dia 10 do mês subsequente a sua emissão.

Essas medidas, como se vê, são destinadas a liberá-las do cumprimento de algumas exigências formais, mas não prejudicam direitos dos trabalhadores, em nada diferenciados daqueles que a lei assegura aos empregados das demais empresas.

Em 2006 (LC n. 123) foram redefinidas a microempresa e a empresa de pequeno porte. Passaram a ser assim consideradas a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, de acordo com a receita bruta.

São dispensadas: I — da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências; II — da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; III — de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; IV — da posse do livro intitulado "Inspeção do Trabalho"; e V — de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Continuam obrigadas aos seguintes procedimentos: I — anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS; II — arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações; III — apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP; IV — apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais — RAIS e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados — CAGED.

A Lei faculta ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário.

A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança, das microempresas e empresas de pequeno porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento, com a observância do critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

É válido acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, para fixar pela negociação o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

São insuficientes sob a perspectiva do desenvolvimento econômico, do combate ao desemprego e da sua evolução. É preciso mais. Sem diversificação, ainda que compreendida como mero tratamento favorecido dos direitos e não como redução de direitos, permanece a estagnação.

§ 44. Formação do contrato

Sumário: 1. Modos de formação. 2. Pressupostos. 3. Encontro de interesses. 4. Forma do contrato. 5. Pré-contrato. 6. Treinamento. 7. Responsabilidade pré-contratual. 8. O local do trabalho.

1. Modos de formação

Os textos sobre os modos de formação do contrato de trabalho (CLT, arts. 442 e 443), ao indicarem os diversos meios pelos quais o vínculo contratual pode nascer, mostram uma diversidade de hipóteses, o que é explicado pelas suas características. O ato inicial do vínculo de emprego pode resultar de diferentes modos. Correspondem à natureza de contrato de trabalho, que, como vimos, divide opiniões.

Como foi visto, as ligações que podem ser estabelecidas entre contrato de trabalho e relação de trabalho provocaram debates na doutrina, e é possível entender que contrato de trabalho e relação de trabalho são expressões diferentes de uma mesma e única realidade: o vínculo entre empregado e empregador. É possível também sustentar que se trata de duas figuras diferentes, dividindo-se, aqui, os critérios de diferenciação, uma vez que para alguns o contrato de trabalho é o fato gerador da relação de trabalho, caso em que o contrato faz nascer a relação, e esta é o desenvolvimento do contrato. Para outros o contrato não é fonte que produz a relação de emprego, e tanto o contrato como a relação de emprego podem dar origem ao vínculo entre empregado e empregador, distinguindo-se ambos quanto ao aspecto subjetivo. Contrato é ajuste de vontades, e relação de emprego é um fato que produz efeitos na ordem jurídica.

A lei brasileira não tem essa dupla definição, porém equipara o contrato à relação de emprego (CLT, art. 442). Segundo a Lei Federal do Trabalho do México (1970, art. 20), "entende-se por relação de trabalho, qualquer que seja o ato que lhe dê origem, a prestação de um trabalho pessoal subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário. Contrato individual de trabalho, qualquer que seja a sua forma ou denominação, é aquele em virtude do qual uma pessoa se obriga a prestar a outra um trabalho pessoal subordinado, mediante o pagamento de um salário. A prestação de um trabalho a que se refere o parágrafo primeiro e o contrato celebrado produzem os mesmos efeitos".

A Lei do Contrato de Trabalho da Argentina (Lei n. 20.744, arts. 23 a 25) dispõe no mesmo sentido: haverá contrato de trabalho sempre que uma pessoa física se obrigar a realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra e sob a dependência desta, durante um período determinado ou indeterminado de tempo, mediante o pagamento de uma remuneração. Quanto à relação de emprego, dar-se-á quando uma pessoa realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra, sob a dependência desta, em forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem. Finalmente, dispõe que o fato da prestação de serviços faz presumir a existência de um contrato de trabalho, salvo se, pelas circunstâncias, as relações ou causas que o motivem demonstrarem em contrário.

Como se vê, a formação do vínculo entre empregado e empregador não coincide nas duas teorias, embora os efeitos sejam igualados, pois a relação de emprego é a visão sociojurídica e o contrato é a compreensão jurídica do mesmo problema. Para o *contratualismo* o vínculo surge de um ajuste de vontades ou de interesses dos seus sujeitos, e para o *anticontratualismo* é a prestação efetiva do trabalho o momento inicial.

2. Pressupostos

O contrato de trabalho depende de alguns pressupostos, entre os quais a capacidade do prestador do trabalho. Já examinamos, ao estudar o conceito de empregado, o problema da capacidade.

Interessa a capacidade de exercício. Importante, também, é distinguir entre *incapacidade* e *proibições*.

Menor, para fins trabalhistas, é aquele com menos de 18 anos (CLT, art. 402). É proibido o trabalho do menor de 16 anos de idade como empregado (CF, art. 7º, XXXIII). Como aprendiz, é permitido o trabalho a partir dos 14 anos de idade (CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 403). Aos 18 anos cessa a menoridade, porém ao pai é facultado, até que o filho venha a completar 21 anos, pleitear a extinção do contrato de trabalho, se prejudicial (CLT, art. 408). Ao menor de 18 anos é lícito assinar recibos, menos o de quitação final do contrato (CLT, art. 439).

Há proibições ao trabalho do menor: a) trabalho noturno, assim considerado aquele a partir das 22 horas (CLT, art. 404); b) trabalho em ambiente insalubre, com periculosidade ou capaz de prejudicar a moralidade (CLT, art. 405); c) trabalho em ruas, praças e logradouros públicos, salvo mediante prévia autorização do juiz de menores (CLT, art. 405, § 2º); d) trabalho que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos, se contínuo, ou 25 quilos, se ocasional (CLT, art. 405, § 5º).

A escolaridade é protegida com as seguintes regras: a) o dever dos pais de afastar os menores de empregos que diminuam consideravelmente suas horas de estudo (CLT, art. 427); b) a manutenção pelos empregadores de local apropriado para ministrarem instrução primária em certas condições (CLT, art. 427); c) a concessão de férias no emprego coincidentes com as férias na escola (CLT, art. 136); d) a proibição de fracionar a duração das férias (CLT, art. 134, § 2º).

Não corre prescrição contra menor de 18 anos (CLT, art. 440).

O "Estatuto da Criança e do Adolescente" (Lei n. 8.069/90) proíbe todo trabalho do menor de 14 anos, salvo aprendiz, mas ressalva o trabalho educativo (art. 68).

O estrangeiro depende de formalidades que terá de cumprir.

Por ser um dos objetivos da lei trabalhista a defesa psicofísica de quem trabalha, a questão que se põe é a dos efeitos das incapacidades do direito civil sobre a validade do vínculo de emprego. Em outras palavras, é válido o contrato de trabalho de menores de 16 anos de

idade, de deficientes mentais, de viciados em drogas, de excepcionais sem desenvolvimento mental completo, de índios. E quais são os reflexos da emancipação do menor?

Não há, em nossa lei trabalhista, dispositivos que resolvam a questão.

Porém, como o vínculo de emprego, na perspectiva da teoria da relação de emprego, é um fato que produz efeitos jurídicos, se as pessoas enquadradas nessa situação vieram a prestar serviços subordinados mediante salário para um empregador, sua incapacidade não deve produzir efeitos prejudiciais aos seus direitos enquanto a autoridade judicial não vier a pôr fim ao vínculo se julgá-lo incompatível com a condição do prestador de serviços.

Há contratos de trabalho nos quais o empregador é um ente de direito público interno que, em vez de admitir alguém para o serviço público como funcionário público, prefere fazê-lo como empregado público no regime da lei trabalhista, caso em que há que serem observados os pressupostos do art. 37 da Constituição Federal, entre os quais o concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados pela lei de livre nomeação.

3. Encontro de interesses

Como a lei brasileira, segundo um dos seus redatores, Arnaldo Süssekind, situa-se numa posição intermediária porque define a relação entre empregado e empregador como um contrato, mas afirma que o contrato corresponde a uma relação de emprego (art. 442 da CLT), o problema foi resolvido com a combinação das duas formas iniciais do vínculo.

O vínculo entre empregado e empregador é uma relação jurídica de natureza contratual porque o seu início depende da convergência dos interesses dos dois sujeitos, já que ninguém será empregado de outra pessoa senão por sua deliberação, e ninguém poderá ser empregador de alguém a não ser se for do seu interesse. Ainda que sob a perspectiva exclusiva da teoria anticontratualista, a conclusão não será outra, sabendo-se que prestar serviços para outra pessoa é comporta-

mento que só pode ocorrer se há o pressuposto da vontade ou do interesse em fazê-lo. Ninguém será empregado de outrem senão por sua própria vontade. Ninguém terá outrem como seu empregado senão também quando for de sua vontade. Assim, mesmo que uma pessoa comece a trabalhar para outra sem que expressamente nada tenha sido combinado entre ambas, isso só será possível pela vontade ou pelo interesse das duas.

4. Forma do contrato

Importa distinguir entre *o contrato* e a *documentação sobre o vínculo de emprego*.

Nossa lei (CLT, arts. 442 e 443) indica os modos pelos quais se forma essa relação jurídica, a saber, o *ajuste expresso escrito,* quando há um contrato escrito de trabalho — a regra geral é a da inexistência de contrato escrito –, a forma escrita dos contratos a prazo para que não restem dúvidas quanto à sua duração, o *ajuste expresso verbal* quando entre empregado e empregador há simples troca oral de palavras sobre alguns aspectos e que, por se tratar de acordo de vontades, produzirá efeitos jurídicos, obrigando reciprocamente os interlocutores, e o *ajuste tácito,* caracterizado pela inexistência de palavras escritas ou verbais, depreendido de um comportamento.

Se há mera relação de emprego sem nenhuma documentação, os efeitos jurídicos são equiparados aos do contrato.

A documentação do contrato — Carteira de Trabalho e Previdência Social e registro — não é o mesmo que o contrato, porque haverá o contrato mesmo sem esses documentos –, o que é uma irregularidade — desde que presentes os requisitos definidores do vínculo de emprego descritos pela legislação (CLT, arts. 2º e 3º).

5. Pré-contrato

Entre os contratos previstos pelo Código Civil está o contrato preliminar (art. 462).

Dispõe a lei que, "exceto quanto à forma — o contrato preliminar — deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado".

Afigura-se-nos aplicável o contrato preliminar ou pré-contrato ao direito do trabalho, diante da subsidiariedade do direito comum, Há, também nas relações de emprego, situações hoje consideradas pré--contratuais, as quais, se estabelecidas contratualmente, podem evitar divergências futuras.

Com o contrato preliminar as obrigações pré-contratuais ficam mais claramente definidas, o que contribui para evitar controvérsias de interpretação sobre elas. É o que pode acontecer, por exemplo, na hipótese de proposta formulada pela empresa para que um estrangeiro venha de outro país trabalhar no Brasil, com as condições oferecidas quanto ao salário e demais detalhes, como gastos de mudança do país de origem, regularização da situação de estrangeiro no País etc.

6. Treinamento

A principal questão sobre o problema agora examinado é a dos efeitos do treinamento no contrato de trabalho.

Há empresas, em bom número, que exigem dos candidatos a emprego um período de treinamento, pondo-os para trabalhar em condições de igualdade com os empregados para que possam adquirir conhecimentos necessários para o exercício da função.

Esse período é computável no contrato de trabalho?

O caso concreto indicará a resposta. Quando o treinamento confunde-se com o trabalho subordinado e o candidato é obrigado a cumprir os mesmos deveres de todo empregado, descaracteriza-se o treinamento. Esse período será de contrato de trabalho porque as mesmas obrigações exigidas dos empregados o são também do candidato ao emprego. Para verificar as aptidões do empregado a legislação prevê o contrato de experiência, que é período incluído no vínculo de emprego. Por outro lado, quando há visível diferença entre o que estão fazendo os empregados e o que acontece com o candidato, o período não deve ser vinculado ao tempo de serviço, porque as condições diante das quais o candidato está presente na empresa são diferentes daquelas que são cumpridas pelos empregados. O tempo à disposição da empresa é computado no tempo de serviço do empregado (CLT, art. 4º).

A diferença está em vários aspectos: horários, obrigações, instrutor ensinando teoria e prática, qualificação do candidato etc.

7. Responsabilidade pré-contratual

A responsabilidade pré-contratual gera o dever de reparar os danos causados; é de direito civil. Não são devidos ressarcimentos trabalhistas, uma vez que o contrato ainda não havia começado. Assim, a regra aplicável é a do direito civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (art. 186). "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (art. 187).

8. O local do trabalho

Local do trabalho, como espaço físico no qual ele habitualmente será prestado, tem importância em diversos aspectos.

Deve: a) observar as normas sobre meio ambiente do trabalho; b) é elemento complementar e indiciário da relação de emprego, relativo e não absoluto, porque a empresa poderá ter vários tipos de trabalhadores — autônomos, eventuais, temporários etc.; c) é determinado pelo empregador como decorrência do seu poder de direção e de organização, salvo quando, por contrato, tratar-se de serviços externos ou de locais variados; d) pode ser modificado pelo empregador, desde que não acarrete necessariamente a mudança do domicílio do empregado, a não ser quando se tratar de transferências definitivas, que dependem da anuência do empregado (CLT, art. 469), ou de transferências provisórias, que têm como pressuposto a necessidade de serviço (CLT, art. 469, § 3º); e) gera o direito do empregado a acréscimos salariais quando o local for insalubre ou com periculosidade (CLT, arts. 192 e 193).

Capítulo X

Conteúdo do contrato de emprego

§ 45. Conteúdo ajustado e conteúdo heteroimposto

Sumário: 1. Conteúdo ajustado. 2. Principais obrigações impostas por lei.

1. Conteúdo ajustado

O empregado tem como principal obrigação prestar serviços; o empregador, pagar os salários e cumprir as obrigações impostas pela lei e pelo contrato. São, em grande parte, restritivas da sua autonomia da vontade.

O contrato de emprego tem conteúdo autônomo-heterônomo; aquele, de menor espaço, resultante da livre pactuação entre os seus sujeitos; este, de muito maior amplitude, constituído por obrigações impostas pela lei e que o integram como se as partes as tivessem estipuladas. Quando se fala em obrigações, no direito do trabalho, o que se quer dizer é que as condições de trabalho são preestabelecidas pelo legislador. Esta, todavia, deixa uma esfera para o ajuste de interesses ou de vontades entre os sujeitos da relação jurídica, o que nem sempre acontece, tendo em vista as características da situação que se forma numa empresa, na qual o contratante é o empregador, que paga os salários e está investido de poderes sobre a outra parte, e esta é um trabalhador subordinado que em troca do salário cumpre ordens.

A desigualdade de posições dos sujeitos que figuram numa relação de emprego é manifesta, a tal ponto que o direito do trabalho surgiu

exatamente para impedir que se agrave e fazer com que de algum modo a descompensação real seja mitigada pela intervenção jurídica no contrato de trabalho.

Razões dessa ordem levaram nosso legislador a estabelecer uma regra (CLT, art. 444):

"As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes".

As características imprimidas pelo referido texto legal ao contrato podem ser assim resumidas:

a) a limitação da autonomia da vontade ou da esfera válida de interesses dos sujeitos contratantes, que podem estipular as cláusulas, expressas ou verbais, que julgarem do seu interesse, mas não terão validade aquelas que estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico;

b) a proteção do ordenamento jurídico ao trabalhador, tendo em vista o desnível em que se acha, especialmente porque ao empregador são conferidos poderes sobre o empregado: os poderes de organização da atividade econômica em que irá prestar os seus serviços, o poder de regulamentar as rotinas dessa atividade, como horários de início e término do trabalho, uso de uniformes, momento dos intervalos de jornada e de descanso, dias de descanso semanal, valor dos salários, instruções sobre a forma como os serviços deverão ser prestados, poder disciplinar por meio de aplicação de penalidades, como advertência e suspensão etc.

c) a prevalência das disposições de proteção ao trabalho sobre as disposições contratuais estabelecidas pelos sujeitos contratantes, mediante automática substituição destas por aquelas;

d) a prioridade às cláusulas negociadas pelos sindicatos com a empresa, em acordos ou convenções coletivas sobre as estabelecidas pelos sujeitos contratantes;

e) as decisões das autoridades públicas, entendendo-se como tais as provenientes da Administração Pública do Trabalho e do Poder Judiciário, estas se sobrepondo àquelas.

2. Principais obrigações impostas por lei

O conteúdo do contrato de emprego é principalmente heterônomo. É possível falar em obrigações impostas pela lei. Abrange, principalmente, direitos de personalidade, meio ambiente do trabalho, descansos obrigatórios diários, semanais e anuais, proteção aos salários, aviso prévio, indenização de dispensa sem justa causa, proteção em casos de doença ou acidentes do trabalho e defesa do emprego em alguns tipos de situações.

É o que passa a ser visto.

§ 46. Direitos de personalidade

Sumário: 1. Os avanços do direito do trabalho. 2. Igualdade e não discriminação. 3. Proteção à moral. 4. Intimidade e privacidade. 5. Informática. 6. Imagem. 7. Liberdade de pensamento. 8. Liberdade de modo de vida.

1. Os avanços do direito do trabalho

Direitos de personalidade são aqueles de natureza extrapatrimonial que se referem aos atributos essenciais definidores da pessoa. Entre todos os direitos, são aqueles que mais de perto procuram valorizar a dignidade do ser humano.

Os direitos de personalidade nas relações de trabalho destacam-se pelo seu significado, tendo em vista a defesa da dignidade do trabalhador. Há valores protegidos pela lei, como a personalidade e a atividade criativa, tão importantes como outros direitos trabalhistas, sem os quais ao trabalhador, como pessoa, não estariam sendo prestadas garantias respeitadas quanto a todo ser humano, muitas se confundindo com os direitos humanos fundamentais, outras com os direitos de personalidade, todas tendo características peculiares em função do pressuposto que as justifica: a relação de emprego.

Abre-se, assim, no direito do trabalho uma esfera de proteção do salário que não pode ser deixada unicamente à autonomia individual nos contratos de trabalho, pressupondo um âmbito, que não se limita a esses temas, de ordem pública e social tão significativo para as relações trabalhistas como são os direitos fundamentais para o direito constitucional.

Os direitos de personalidade, que são prerrogativas de toda pessoa humana pela sua própria condição, referentes aos seus atributos essenciais em emanações e prolongamentos, são direitos absolutos, pois implicam um dever geral de abstenção para sua defesa e salvaguarda, sendo indisponíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e de difícil estimação pecuniária.

Jean Carbonnier, em *Droit civil* (1965), distingue os direitos primordiais, as liberdades e as igualdades civis. Considera primordiais da pessoa física o direito à própria imagem e o direito à honra, as liberdades civis, liberdades físicas ou individuais — liberdade de locomoção, liberdade de fazer e não fazer e inviolabilidade do domicílio —, as liberdades morais — liberdade de modo de vida, liberdade e esfera de intimidade e liberdade de consciência — e as liberdades profissionais.

Não é demais lembrar o conceito de liberdade. Para Montesquieu, é o poder que pertence a todo indivíduo de exercer e desenvolver sua atividade física, intelectual e moral sem que o Estado lhe possa determinar outras restrições senão as necessárias para proteger a liberdade de todos. Segundo Carbonnier, trata-se da possibilidade reconhecida à pessoa de fazer o que lhe apraz, o poder de agir segundo a própria determinação.

O tema, no direito civil, foi tratado, além do já citado Carbonnier, por Francesco Messineo, no *Manuale di diritto civile e commerciale* (1947); Degni, em *Le persone fisiche e il diritto della personalità*; por Adriano de Cupis, em *Os direitos de personalidade* (1961), e por Orlando Gomes, que, na *Introdução ao direito civil* (1965), afirma que os direitos de personalidade compreendem os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo e se destinam a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. No direito do trabalho há estudos como o de Alice Monteiro de Barros, *Proteção à intimidade do empregado* (1997).

O Código de Portugal (2003), inovador nessa matéria, é um avanço a ser seguido pela nossa CLT, dando aos direitos de personalidade, em sentido específico, voltados para as relações de trabalho, um destaque coincidente com sua importância no período contemporâneo, sua am-

pliação do direito civil para o trabalhista, e a sensibilidade para ver que, mais que no direito civil, esses direitos justificam-se inteiramente no direito do trabalho, que, desse modo, sobre eles não pode silenciar.

Os direitos de personalidade, no Código português, são tratados nos dispositivos sobre os sujeitos do contrato de trabalho, assim dimensionados:

— reconhecimento no âmbito da empresa da liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito aos direitos de personalidade do trabalhador e empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa (art. 15);

— dever de respeito, do empregador e do trabalhador, aos direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada (art. 16, 1);

— abrangência do direito à reserva da intimidade da vida privada, quer quanto ao acesso, à divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente os relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas (art. 16, 2);

— proibição, para o empregador, de exigir do candidato ao emprego, ou do trabalhador, informações relativas a sua vida privada, salvo quando sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho, e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação (art. 17, 1);

— proibição, para o empregador, de exigir do candidato ao emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas a sua saúde ou ao estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem, e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação (art. 17, 2); as informações são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste (art. 17, 3); direito de controle, pelo trabalhador que forneceu informações de índole pessoal, dos respectivos dados pessoais, com direito a sua retificação e atualização (art. 17, 4); os dados guardados pelo empregador ficam sujeitos à legislação sobre proteção de dados pessoais (art. 17, 5);

— direito do trabalhador à respectiva integridade física e moral (art. 18);

— proibição, para o empregador, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, de exigir do candidato ao emprego ou ao trabalhador, além das situações previstas na legislação de higiene, segurança e saúde no trabalho, a realização de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estas tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, devendo, em qualquer caso, ser fornecida por escrito, ao candidato ao emprego, a respectiva fundamentação (art. 19, 1);

— proibição, para o empregador, de exigir da candidata ao emprego testes ou exames de gravidez (art. 19, 2); o médico responsável pelos exames só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade, quando este autorizar (art. 19, 3);

— proibição, para o empregador, da utilização dos meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do empregado (art. 20, 1), salvo quando a finalidade da utilização desses equipamentos é a proteção e segurança de pessoas e bens, ou quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem (art. 20, 2), caso em que o empregador deverá informar ao trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados (art. 20, 3);

— direito do trabalhador à reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso à informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrônico (art. 21, 1), podendo o empregador, no entanto, estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, especialmente do correio eletrônico (art. 21, 2);

— direito dos trabalhadores à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (art. 22, 1);

— proibição do empregador, quanto ao candidato a emprego, de privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar

de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical (art. 22, 2);

— vedação de prática de qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada nos fatores indicados no dispositivo *supra*, não constituindo discriminação sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais ou do contexto da sua execução, esse fator constitua requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional (art. 23, 2);

— configura discriminação o assédio a candidatos ao emprego e ao trabalhador (art. 24), entendendo-se por assédio todo comportamento indesejado relacionado com um dos fatores acima indicados, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo e o efeito de afetar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador (art. 24, 2), configurando assédio, em especial, todo comportamento não consentido, de caráter sexual (art. 24, 3);

— não são consideradas discriminatórias as medidas de caráter temporário definidas pela lei que beneficiem certos grupos desfavorecidos (art. 25);

— a prática de qualquer ato discriminatório lesivo do trabalhador ou do candidato ao emprego gera o direito do ofendido de cobrar indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais (art. 26);

— toda exclusão ou restrição de acesso de um candidato a emprego ou trabalhador em razão do respectivo sexo a qualquer tipo de atividade profissional ou à formação exigida para ter o acesso a essa atividade constitui discriminação em função do sexo (art. 27), e os anúncios de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-seleção e ao recrutamento não podem ter, direta ou indiretamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo (art. 27, 2).

Dê-se, nesse ponto, destaque ao nosso Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Os arts. 11 a 21 dispõem sobre direitos de personalidade, declarando que são direitos indisponíveis e irrenunciáveis (art. 11). O diploma ainda prevê a possibilidade de pleitear perdas e danos (art. 12), sem prejuízo de outras sanções, e também dispõe que o nome da pessoa não pode ser usado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (art. 17). Por fim, veda, sem autorização do interessado, o uso do seu nome em propaganda comercial (art. 18), e declara que a vida privada da pessoa natural é inviolável.

Autoriza o juiz, a requerimento do interessado, a adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma (art. 21).

Essas diretrizes são oportunas não só no sentido de mostrar que o Código Civil não é um estatuto primordialmente patrimonial, mas que se ocupa, também, dos valores primordiais da pessoa humana. Não só por essa razão, mas porque o direito comum é fonte subsidiária do direito do trabalho (CLT, art. 8º, parágrafo único), e, sendo certo que não há incompatibilidade entre essas regras e as trabalhistas, os dispositivos do Código Civil, acima enunciados, são inteiramente aplicáveis às relações de trabalho, nada impedindo que o Juiz do Trabalho, ao julgar as questões de relações de trabalho, as aplique e nelas encontre o fundamento legal necessário para dar suporte a sua decisão.

Os dispositivos da CLT não são diretos, embora indiretamente acabem cuidando também da defesa da personalidade do empregado. O art. 483 autoriza o empregado a dar por rescindido o contrato individual de trabalho com o direito às verbas rescisórias quando praticar o empregador, ou seus prepostos, contra ele ou pessoa da sua família, ato lesivo à honra e boa fama (letra *e*), ou quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo (letra *b*).

Observe-se, também, que os direitos de personalidade exercitam-se não só perante o empregador, mas entre os empregados, de modo que a empresa deve tomar os cuidados necessários para não incorrer em culpa *in vigilando* por falta do zelo que deve dispensar, evitando constrangimentos causados no local de trabalho ou em decorrência

do vínculo de emprego, de um colega a outro, culpa que, evidentemente, não haverá diante da inexigibilidade de outra conduta diante do problema.

2. Igualdade e não discriminação

Que é discriminar?

Convém dar maior amplitude à questão. Primeiro, quanto ao conceito. A discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado, revelando escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores.

O que está em causa é o desvirtuamento, pelo empregador, do valor igualdade entre pessoas igualmente aptas para a ocupação. Não se caracteriza como prática discriminatória a opção do empregador que tenha por base exigências próprias de uma função que não pode ser exercida por uma pessoa em decorrência de fatores pessoais ou distinções feitas em função da natureza da relação de trabalho e do tipo de atividade que a pessoa venha a exercer.

É importante, para distinguir situações, a finalidade do ato praticado pela empresa e não a simples diferenciação de tratamento, pois na discriminação o que se tem por fim é a preferência destinada a excluir a oportunidade de trabalho de alguém em razão de um dos fatores distintivos elencados pela lei. Quanto à não discriminação, a finalidade é dar atendimento a circunstâncias concretas impeditivas da entrega da função a uma pessoa que não pode exercê-la.

Segundo aspecto relevante da questão, depois de examinado o conceito, é o momento do ato considerado discriminatório. Práticas discriminatórias podem ocorrer na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurada ofensa à dignidade do trabalhador e ao princípio da igualdade.

É correta a afirmação do autor português Guilherme Machado Dray, em *O princípio da igualdade no direito do trabalho* (1999), quando mostra que "a liberdade de escolha do trabalhador pelo em-

pregador é algo que não pode ser negado e que resulta, como já se afirmou do princípio constitucional da liberdade de criação e de gestão empresarial. O próprio caráter *intuitu personae* que caracteriza o contrato individual de trabalho, segundo o qual na celebração deste contrato a entidade empregadora leva em linha de conta a personalidade do trabalhador (a sua posição, competência, experiência, licenciatura etc.), reforça a existência e a necessidade de ser preservada a aludida liberdade de escolha do trabalhador".

Não se duvida que, na aproximação entre o candidato ao emprego e a possível contratante, há uma fase de contatos preliminares, precedida, muitas vezes, de recrutamentos que começam com anúncios publicados na imprensa pela futura empregadora ou por empresas especializadas em recrutamento de pessoal, estas fazendo rigorosa seleção de acordo com o perfil do candidato e as necessidades da função que vai exercer.

Nessa fase há uma escolha que leva em consideração critérios de seleção que não dispensam indagações ao candidato para melhor conhecimento da sua personalidade, passado profissional, a aptidão física e psicológica, o que já é, inevitavelmente, um início de incursão em sua personalidade.

Porém, um problema cuja solução nem sempre é fácil no contrato individual de trabalho é o devido equacionamento entre a liberdade e a igualdade, mais precisamente entre a livre escolha, que não pode ser negada ao empregador para ter como seu empregado quem for assim por ele determinado, e a preservação do direito do trabalhador de não ser discriminado diante das oportunidades de emprego que apareçam em sua vida profissional. A liberdade de escolha do seu futuro empregado é um direito da empresa com fundamento constitucional. O art. 170 da Lei Magna declara como base da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, mas, ao mesmo tempo, o direito de não ser discriminado também encontra ampla fundamentação no direito internacional e interno.

Algumas funções profissionais na empresa exigem aptidões especiais de ordem técnica ou mesmo moral, estas como a guarda de segredos de fabricação e informações de natureza confidencial, aquelas como a imagem adequada a um artista de novela para o papel em razão do qual está sendo contratado.

Não contratar candidato por inadequação às funções que teria de desempenhar não é o mesmo que discriminar, porque não há, nesse caso, preconceito contra uma pessoa, mas outra razão: o imperativo de compatibilização entre a pessoa e a atribuição que pretenda exercer.

Durante o vínculo de trabalho o tratamento discriminatório pode configurar justa causa para o empregado dar por rescindido o contrato de trabalho, como também para ingressar com ação judicial para a empresa cessar o comportamento ilegal. A discriminação no trabalho deve ser entendida como a concomitante ao curso da relação de emprego e pode afetar diversos direitos do trabalhador como a discriminação nos salários, na jornada, nas exigências do chefe, nos descansos, nos horários de refeições, na concessão de descansos semanais e assim por diante. Podem ocorrer discriminações de colegas de serviço, e o empregador tem a obrigação de tomar todos os cuidados e adotar todas as medidas preventivas para evitar que tal aconteça para ser responsabilizado por elas.

A ruptura do contrato de trabalho por discriminação configura despedida arbitrária (CF, art. 7º, I, XXX e XXXI), e, embora a lei constitucional tenha como finalidade a proteção do empregado diante do empregador, nada impede que, se qualquer contrato de trabalho for rompido em decorrência de ato discriminatório, o ofendido possa requerer indenização por dano moral.

Os dirigentes sindicais e representantes de trabalhadores são protegidos contra atos que possam configurar conduta antissindical e discriminação. Destacam-se como garantias o *fuero* sindical — proteção do dirigente e do militante sindical diante dos prejuízos que possam sofrer por sua atuação e visando a possibilitar um desenvolvimento normal e eficaz da atividade sindical — e a proibição de práticas desleais — cuja origem está na *Lei Nacional de Relações de Trabalho*, de 1935, dos Estados Unidos, conhecida como *Lei Wagner*, destinada a proibir condutas como a interferência da empresa na formação ou administração de sindicatos e outras práticas de sentido semelhante, proteção essa que tem como suporte o princípio da liberdade sindical da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho.

Há leis e convenções coletivas de trabalho que asseguram garantias à mulher contra dispensas arbitrárias, tendo como causa a futura

maternidade e para que a mulher possa ter condições de dar assistência ao filho que nascerá. Na Itália, a lei cria presunções de discriminação da mulher, de modo que, se é pequeno o percentual de mulheres empregadas de uma empresa, presume-se que há discriminação da empresa contra o trabalho da mulher, salvo prova em contrário.

Nesse ponto, há certas atividades que a mulher, por ser mulher, não pode exercer, porque a lei trabalhista proíbe o trabalho com emprego de força muscular acima de determinados limites (CLT, art. 390), como proibido, também, é o trabalho noturno do menor (CLT, art. 404), de modo que não se configura prática discriminatória em casos semelhantes à escolha de pessoa diversa em relação à qual não existam proibições legais. Outro exemplo: a escolha, para emprego de professor de inglês em escola particular, de alguém que domine melhor a língua em detrimento de outro que não tem a mesma facilidade. Trata-se de mera prevalência de aptidões e não de discriminação.

A nulidade da dispensa discriminatória por idade configura abuso de direito e autoriza a reintegração no emprego, como foi decidido pela Justiça do Trabalho (TST, RR 462.888, 5ª T., Rel. Juiz Convocado André Luís Moraes de Oliveira, *DJ*, 26 set. 2003). É o caso de empresa que se utiliza da prática de dispensar funcionários quando completam 60 anos. Há decisão, nesse sentido, fundamentada na Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, mediante aplicação por analogia (CLT, art. 8º), concluindo o Tribunal que a dispensa de empregado deve guardar parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do trabalhador, o que é desatendido quando obstativa e discriminatória (CLT, art. 9º), porque a rescisão imotivada do contrato de trabalho de idoso contraria a regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

Em 2003 foi promulgada a Lei n. 10.741, o Estatuto do Idoso, assim consideradas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, protegidas quanto ao exercício de atividade profissional, o respeito às suas condições físicas, intelectuais e psíquicas, a proibição de discriminação na admissão e de fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir, nos quais ser idoso é o primeiro critério de desempate. A mesma lei prevê a implementação de programas de profissionalização especializada e preparação para a aposentadoria com antecedência mínima de um ano.

A Organização Internacional do Trabalho aprovou as *Convenções n. 111 e 156 sobre discriminação da mulher no emprego.*

A Convenção sobre *Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, da Organização das Nações Unidas (1979), no art. 1º, conceitua discriminação como "toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo".

O art. 11 da mesma Convenção refere-se, especificamente, à eliminação da discriminação no emprego da mulher mediante: a) o direito ao trabalho; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação de iguais critérios de seleção para admissão em emprego; c) o direito de escolher livremente a profissão e o emprego; d) o direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento no trabalho de igual valor; e) o direito à seguridade social; f) o direito à proteção da saúde e segurança no trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução; g) a proibição da dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, e a discriminação nas dispensas motivadas pelo estado civil; h) o direito à licença-maternidade; i) a proteção especial durante a gravidez, nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a esse estado.

No Brasil, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, considera ato discriminatório do trabalho da mulher a exigência, pelo empregador, de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou outro qualquer meio destinado a esclarecer se está grávida ou esterilizada. O ato é punido com detenção de 1 a 2 anos, multa administrativa de 10 a 50 vezes o maior salário pago pelo empregador e a proibição de financiamentos em instituições oficiais.

Havendo dispensa discriminatória originária dos mesmos motivos, a lei prevê reintegração no emprego com os salários do período de afastamento em dobro.

Seguiu-se a Lei n. 9.799, de 1999, que estabeleceu regras para o acesso da mulher ao mercado de trabalho, a ponto de tipificar como

discriminatórios diversos atos, como a publicação de anúncio de emprego em que haja referência ao sexo, salvo quando necessário, tendo em vista a natureza da função, ampliando as medidas de proteção à maternidade e de combate à discriminação da mulher.

Entre os documentos internacionais sobre a proteção aos portadores de deficiência citem-se os que seguem. A *Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência* (1975), da Organização das Nações Unidas — ONU, art. 3º, declara que essas pessoas "têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana", e o art. 8º dispõe que "as pessoas portadoras de deficiência têm o direito de ter as suas necessidades especiais levadas em consideração em todos os estágios de planejamento econômico e social".

O *Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência Física* (1982), também da ONU, art. 12, declara que "a igualdade de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade — o meio físico, cultura, a habitação, o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e de trabalho, a vida cultural e social, inclusive as instalações esportivas e de lazer — torna-se acessível a todos". A OIT — Organização Internacional do Trabalho aprovou a *Convenção n. 159, de 1983, sobre Emprego e Reabilitação dos Portadores de Deficiência,* ratificada pelo Brasil, e as Recomendações n. 99 e 168, sobre o mesmo tema, definindo deficiência para o trabalho como aquela "cuja possibilidade de conseguir, permanecer e progredir no emprego é substancialmente limitada em decorrência de uma reconhecida desvantagem física ou mental".

A lei brasileira protege o trabalhador portador de deficiência contra discriminação: a) no tocante a salário e critérios de admissão (CF, art. 7º, XXXI); b) fixando cotas a serem preenchidas por reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 8.213, de 1991, art. 93), nas empresas com 100 ou mais empregados, de 2% a 5% dos seus cargos; c) reservando a ocupação da vaga de reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, na dispensa imotivada de deficiente para que o cargo vago venha a ser destinado por substituto de condição semelhante (Portaria n. 4.677, de 1998, do Ministério do Trabalho e Emprego e Resolução n. 630 do INSS); d) ao apoiar as pessoas portadoras de deficiência, sua integração

social e órgãos do Poder Público incumbidos de desenvolver programas na área dessas ações, inclusive ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, promovidas pelo Ministério Público do Trabalho.

José Pastore, em *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência física*, mostra que os sistemas de apoio do deficiente físico para o trabalho envolvem uma grande diversidade de atividades, como a educação, a qualificação profissional, a assistência médica, a habilitação e a reabilitação, os incentivos aos empresários, as campanhas antidiscriminação.

Observa que diversos países adotam o sistema de cotas, em alguns casos fixadas em função do tamanho da empresa; em outros alguns setores de atividade econômica são excluídos; em outros, ainda, as empresas que não preenchem as cotas pagam contribuição para um fundo de apoio cujos recursos são destinados aos empresários que não podem preenchê-las; em outros países a dispensa de portador de deficiência só pode ser efetivada depois de obtida autorização de órgão oficial.

Entre os países que adotam o sistema de cotas estão, na América Latina, como menciona o referido autor, Brasil e Honduras; na Argentina é reduzida em 50% a contribuição previdenciária dos empregadores (Lei n. 24.465, de 1995), e o sistema de cotas é rejeitado por Dinamarca, Suécia, Finlândia, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália, países que concluíram que a simples existência de cotas é indicativa de que os portadores de deficiência não têm condições de competir no mercado, e também porque outros grupos minoritários teriam de ser igualmente protegidos com o mesmo sistema.

O conceito de deficiência física é fundamental para que se defina o âmbito pessoal de proteção jurídica a ser dispensada, o que é importante para que se possa, com a maior precisão possível, saber quais são os destinatários das leis, distinguindo-se, assim, aqueles que realmente recebem a tutela legal daqueles que não a têm, bem como definir, na empresa, se determinados empregados, pela sua condição pessoal, devem ser considerados para o efeito de cálculo de vagas a serem preenchidas segundo o número das cotas obrigatórias.

Distingue o Decreto n. 3.298, de 1999, *deficiência, deficiência permanente e incapacidade. Deficiência* é considerada "toda perda ou

anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano".

Deficiência permanente é "aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos". *Incapacidade* é "uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida".

O mesmo decreto expende conceitos sobre deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla e os requisitos que, uma vez presentes, permitem sua caracterização, bem como as modalidades de inserção no trabalho da pessoa portadora da deficiência, incluindo programas de reabilitação profissional.

Como se vê, o conceito de deficiência é descrito por uma norma jurídica que serve de base para o enquadramento dos casos concretos que surgem na vida real, mas não há dúvida de que, a exemplo de outros conceitos com que o direito do trabalho lida, este não dispensa, nos casos de controvérsia, a opinião do técnico ou o laudo médico que dirá se alguém estará ou não na situação típica definida pela regra jurídica.

Quando a lei enumera as situações que tipificam deficiência, outra questão poderá surgir. Trata-se da taxatividade ou não da norma, de modo que outros casos, nela não enquadrados, mas contanto que a perícia médica venha a revelar que se trata de um portador de deficiência com as mesmas dificuldades daqueles cuja condição é prevista, justificam a proteção.

Quanto à base de incidência para cálculo dos percentuais do nosso sistema de quotas decorrente do art. 36 do Decreto n. 3.298, de 1999, a principal questão está em saber se a incidência é sobre o total de empregados da empresa ou estabelecimento ou, como será de melhor lógica, somente sobre o total de funções compatíveis para o trabalho do deficiente e se a definição de deficiente, do mesmo artigo, que é mais restrita, é a que deve, para tal fim, prevalecer. É que sob a pers-

pectiva dessa norma há dois grupos, os deficientes habilitados e os deficientes não habilitados.

Deficientes habilitados são aqueles que concluíram curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente ou aquela com certificado de reabilitação profissional fornecido pelo INSS.

Deficientes não habilitados são os que não se submeteram a processo de habilitação ou reabilitação, mas que se acham capacitados para o exercício da função.

Esses conceitos, igualmente, em casos de controvérsia, dependem de comprovação médica porque são definições de tipicidade que envolvem juízo técnico.

É de melhor lógica concluir que para o cálculo de vagas obrigatórias devem ser consideradas somente as funções compatíveis, portanto excluídas as incompatíveis para o trabalho do deficiente, porque, se quanto a estas não há a possibilidade de preenchimento por habilitado ou não habilitado, diante da sua natureza, outro entendimento poderia levar ao absurdo de em uma empresa na qual todas as funções fossem incompatíveis, ainda assim estaria ela obrigada a preencher os percentuais com deficientes, com grave risco a que estes estariam expostos.

Quanto ao âmbito das discussões do problema, o Ministério Público do Trabalho desempenha papel importante, autorizado que está a instaurar investigação prévia, inquérito civil e ação civil pública (Lei n. 7.853, de 1989, art. 3º), e a Constituição Federal atribuiu competência à Justiça do Trabalho (art. 114) para decidir as questões entre trabalhadores e empregadores, entre as quais o preenchimento das quotas é uma espécie, com o que no Ministério Público a atribuição cabe às Procuradorias da Justiça do Trabalho e não ao Ministério Público Estadual, ressalvadas as providências criminais que a questão possa oferecer e as que têm por objeto acidentes de trabalho e doença profissional.

Essas questões não se confundem com a defesa do meio ambiente do trabalho. A diferença está no objeto. Nas questões ambientais

observam-se as normas da legislação trabalhista sobre medicina e segurança do trabalho, questão afeta, constitucionalmente, à competência da Justiça do Trabalho. Nos processos de acidentes de trabalho e doença profissional, a Justiça Comum Estadual dirime lides, a lesão ou a doença já consumadas e não o cumprimento, pela empresa e pelo empregado, das normas de proteção ao trabalho.

Surgiram processos, nos Tribunais do Trabalho, de interesse das empresas públicas e sociedades de economia mista, obrigadas que estão, por preceito constitucional (art. 37, VIII), a preencher os cargos por concurso público. O Tribunal Superior do Trabalho (SDI-1, ERR n. 651.200, de 2000, *DJ*, 10 ago. 2001, p. 425, Rel. Min. Deoclécia Amorelli Dias) decidiu que o acesso a cargos da administração pública direta e indireta, a partir da Constituição de 1988, depende de aprovação em concurso público, regra aplicável indistintamente para todos aqueles que almejam ingressar no serviço público, obrigando, também, aos portadores de deficiência.

Decidiu a Justiça do Trabalho que o portador da síndrome da imunodeficiência adquirida — AIDS não pode ser, por tal motivo, e contanto que o empregador tenha conhecimento do seu estado, despedido do emprego, caso em que os Tribunais do Trabalho têm assegurada sua reintegração no emprego (TST, SBDI-1, ERR n. 205.359/95.0, Rel. Min. Leonaldo Silva, *DJU*, 14 maio 1999).

Foi, portanto, reconhecida a estabilidade no emprego diante do estado de saúde do empregado, com o que houve uma forma de responsabilidade objetiva, de sentido social, em questão que deve ser apreciada também sob outro prisma, levando em conta as circunstâncias de cada caso concreto, por exemplo, se há justa causa para a dispensa do empregado. Nesse caso, de justa causa de empregado enfermo, apesar da situação subjetiva do empregado, a rescisão do contrato de trabalho não é discriminatória.

Muito se tem falado nas *ações afirmativas.* Podem trazer resultados positivos desde que desenvolvidas com acerto e objetividade. Ao tema dedicou-se o Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa Gomes, em *Ação afirmativa e princípio da igualdade, o direito como instrumento de transformação social e a experiência dos EUA*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

Como entender *ações afirmativas*?

Por se tratar de ações, o seu plano é o sociológico e não o normativo, embora possam neste ser previstas. Mesmo que não o sejam, podem ter existência própria, independentemente de uma fonte legal, uma vez que por serem ações se configuram com realizações. Podem caracterizar-se tanto como ações públicas, quando a sua iniciativa e consecução competem ao Poder Público, quanto como ações privadas, quando surgem por obra de uma iniciativa particular desenvolvida por uma entidade que resolve promovê-las, como as ações afirmativas de iniciativa de uma organização não governamental.

Segundo o glossário do Ministério do Trabalho e Emprego[1], ação afirmativa é uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de mudar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.

Não há necessidade de lei que as fundamente. Podem ser previstas por um programa de governo ou, mesmo sem este, por uma ação social. Desse modo, muitas vezes, quando não previstas em sua norma legal cominatória, carecem de exigibilidade jurídica e, não obstante, podem ter um grande efeito social. Mais que isso, podem contribuir para a criação ou ampliação de uma cultura de solidariedade ou de responsabilidade social. O trabalho voluntário é uma das suas alavancas, porém, por outros meios, também, podem concretizar-se. Uma empresa pode desenvolver ações afirmativas internas por sua iniciativa para implementar uma cultura propícia de combate à discriminação em suas diversas formas.

Outro meio destinado a dar maior positividade ao princípio legal da igualdade dá-se no processo judicial: a *inversão do ônus da prova*. À parte ofendida basta, apenas, deduzir em juízo os elementos de fato baseados nos quais se possa presumir tenha havido discriminação. Fornecidas tais indicações, competirá à parte contrária provar a inexistência de violação do princípio de paridade de tratamento.

---

1. *V*. www.mte.gov.br

Exemplifique-se com a Diretiva n. 80, de 1997, da União Europeia. Funda-se na dificuldade de prova. A Corte Europeia decidiu que, havendo tratamento salarial diferenciado entre homens e mulheres, o ônus da prova da justificação da diferença é do empregador quando a situação não for transparente, derrogação ao princípio geral de ônus probatório em procedimentos administrativos e judiciais determinado pela Diretiva n. 117, de 1975, a Diretiva n. 207, de 1976, que seguem o mesmo critério nos casos de comparação de condições de trabalho, a Diretiva n. 85, de 1992, aplicável aos casos de gestantes ou períodos de aleitamento materno, e a Diretiva n. 34, de 1996, aplicável às questões de discriminação sexual.

Outra forma é a consolidação do conceito de *discriminação indireta.* Dela decorre um sistema de presunções legais. A Diretiva n. 207, de 1976, da União Europeia proíbe a discriminação direta ou indireta. A jurisprudência da Corte Europeia define discriminação indireta como os efeitos prejudiciais de um número proporcionalmente maior de trabalhadores do que de trabalhadoras quando não essenciais ao desenvolvimento da atividade. Concluiu que nesse caso há uma disparidade com impacto ilegítimo sobre uma coletividade efetiva ou potencial, a menos que justificada por fatores objetivos e estranhos a qualquer ato de discriminação. Há casos envolvendo o sistema de *part-time* com maioria de trabalhadoras, porque o salário é menor (pago por hora).

Nossa lei não dispõe sobre *discriminação indireta.* Mas, como tem muita proximidade com a inversão do ônus da prova ou da prevalência de presunções legais relativas quando não desautorizadas pela prova, nada impede o raciocínio básico que a fundamenta na avaliação de casos concretos. Se uma empresa só tem empregados homens e os tipos de funções nela existentes são compatíveis com o trabalho da mulher, cria-se uma presunção de discriminação, a menos que a empresa justifique o motivo pelo qual só admite homens, demonstrando as razões de ordem objetiva que a levam a assim agir.

Em alguns países configura-se discriminação não só nos casos de trabalho da mulher, mas, também, em casos de tipos de relações de trabalho, como a disparidade de tratamento entre trabalhadores de tempo integral e de tempo parcial, de contratos por prazo determinado e indeterminado e trabalhadores que, ao contrário, submetem-se a

formas atípicas de relação de trabalho com fins discriminatórios. Nesses casos, o juiz verifica se dos dados estatísticos à sua disposição resulta uma porcentagem consideravelmente menor de trabalhadores do sexo feminino, em comparação aos trabalhadores de sexo masculino, ou de trabalhadores temporários em relação aos fixos, com o intuito de concluir se os dados são válidos e se podem ser levados em conta, relacionados com a população considerada, ou se refletem fenômenos puramente acidentais ou conjunturais.

Outra medida é a instituição, por lei, de nulidades das dispensas. Há países que cominam de nulidade os efeitos da dispensa promovida em violação aos preceitos de igualdade profissional, salvo causa real e séria (França), com reintegração no emprego ou, se o empregado recusar-se, indenização judicialmente fixada ou prevista nas convenções coletivas. O sistema de dispensas coletivas da União Europeia é o das dispensas motivadas. Quer dizer que, para despedir, a empresa deve ter um motivo de ordem subjetiva ou objetiva. De ordem subjetiva são os motivos pertinentes ao empregado, como a justa causa, a indisciplina ou outros. De ordem objetiva são os motivos que se referem à empresa, como reorganização, reformas de ordem técnica, ou razões financeiras que impossibilitem a manutenção do mesmo número de empregados. Não havendo motivo subjetivo ou objetivo, a dispensa é nula, dependendo, nesse ponto, do direito interno de cada país a sanção, que poderá ser indenização ou reintegração.

Propõem-se, também, sanções penais. É a criminalização de certas ações ou omissões discriminatórias, que passam a sujeitar os infratores à responsabilidade penal. Trata-se, por exemplo, de reprimir o fato de recusar injustificadamente a admissão de uma pessoa em razão de sua origem, sexo, costumes, situação familiar, etnia, nacionalidade, raça ou religião, bem como a menção em propaganda de oferta de emprego.

Incluam-se as sanções administrativas, como a revogação de benefícios e exclusão de financiamentos públicos.

Merece uma referência, pelos resultados obtidos, especialmente quanto ao número de portadores de deficiência física, que uma empresa obrigatoriamente deve observar, a investigação prévia, o inquérito civil e ação civil pública de iniciativa do Ministério Público do Trabalho, propostas por suas Procuradorias (Lei n. 7.853, de 1989, art. 3º).

A Constituição Federal atribuiu competência à Justiça do Trabalho (art. 114) para decidir relações de trabalho, dentre as quais o preenchimento das quotas é uma espécie, com o que, no Ministério Público do Trabalho, a ação judicial é função das Procuradorias da Justiça do Trabalho e não do Ministério Público Estadual, ressalvadas as providências criminais que a questão possa oferecer e as que têm por objeto acidentes de trabalho e doença profissional.

Admite-se, como é óbvia, a cumulação de sanções de natureza diversa. Exemplo: detenção de 1 a 2 anos, multa administrativa de 10 a 50 vezes o maior salário pago pelo empregador e a proibição de financiamentos em instituições oficiais nos casos de discriminação à mulher.

É recomendável a inclusão na CLT de dispositivos novos, a exemplo do Código de Portugal (Lei n. 99/2003). No novo Código do Trabalho de Portugal, o princípio da igualdade e não discriminação surge em diversos temas, como o acesso ao emprego, a formação e promoção profissionais e as condições de trabalho.

O art. 22 é enumerativo de fatores que desautorizam a desigualdade de tratamento nas relações de trabalho no que se refere "ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho", e "nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical".

O art. 23 proíbe o empregador de praticar qualquer discriminação direta ou indireta baseada nesses fatores relacionados no dispositivo anterior.

Declara o art. 24: "1. Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador. 2. Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n. 1 do artigo anterior, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. 3.

Constitui, em especial, assédio todo o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior".

O art. 25 dispõe: "Não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário concretamente definido de natureza legislativa que beneficiem certos grupos desfavorecidos, nomeadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade ou origem étnica, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos neste Código e de corrigir uma situação factual de desigualdade que persista na vida social".

Tem o seguinte teor o art. 26: "Sem prejuízo do disposto no Livro II, a prática de qualquer acto discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a uma indenização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais".

O art. 27 declara: "Toda a exclusão ou restrição de acesso de um candidato a emprego ou trabalhador em razão do respectivo sexo a qualquer tipo de actividade profissional ou à formação exigida para ter acesso a essa actividade constitui uma discriminação em função do sexo. Os anúncios de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-seleção e ao recrutamento não podem conter, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo".

Dispõe o art. 28: "1. É assegurada a igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, entre trabalhadores de ambos os sexos. 2. As diferenciações retributivas não constituem discriminação se assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, sendo admissíveis, nomeadamente, distinções em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores. 3. Os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem assentar em critérios objectivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada em sexo".

O art. 31 prevê: "1. As disposições de qualquer instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que estabeleçam profissões e categorias profissionais que se destinem especificamente a trabalhadores do sexo feminino ou masculino têm-se por aplicáveis a ambos os

sexos. 2. Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho devem incluir, sempre que possível, disposições que visem a efectiva aplicação das normas da presente divisão".

Em 2004 (Lei n. 35, de 29-7-2004) foi aprovada a Regulamentação do Código do Trabalho, com 499 dispositivos que têm por finalidade complementar, e, em alguns pontos, ampliar as diretrizes estabelecidas pelo Código, quer quanto aos contratos de trabalho, quer quanto aos contratos com regime especial e, ainda, incidentes sobre as relações de emprego público.

Convém aprofundar, pela sua importância, o estudo do tema.

Rousseau, no *Discurso sobre as origens e os fundamentos da desigualdade entre os homens,* pergunta: o homem nasce desigual ou a sociedade o torna desigual? E responde: há duas espécies de desigualdade: a natural, como a diferença de idades, de saúde, de força de espírito; e a moral ou política, resultante das convenções entre os homens.

A igualdade não é um conceito acabado, muito menos exato. Sua discussão começou com os pensadores da Grécia, e as três espécies de igualdade, *a isonomia ou a igualdade perante a lei, a isotimia ou igual direito dos cidadãos de ocupar cargos públicos e a isegoria ou igual direito de exprimir com a palavra o próprio pensamento*, há 2.300 anos; em *A política*, com Aristóteles e as reflexões sobre a *igualdade numérica ou absoluta* (tudo igual para todos) — distribuição dos ônus e benefícios em partes idênticas a todos —, e a *igualdade proporcional,* cuja ideia que seguiria no curso do pensamento foi sintetizada na frase *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.*

A *igualdade formal* nasceu com o contratualismo de J. J. Rousseau, do pensamento iluminista da filosofia do século XVIII, que tanta influência exerceu sobre os postulados da Revolução Francesa de 1789.

Discutiu-se quais são os destinatários desse comando, se a igualdade de todos perante a lei é um comando para o juiz, para o legislador ou para todos, e a primeira opção foi a da igualdade formal como vetor dirigido ao juiz, significando o dever de julgar todos imparcialmente, de modo igual; depois a igualdade formal foi compreendida também como comando para o legislador.

O socialismo avaliou a igualdade sob o prisma da propriedade privada e da distribuição de riquezas, dando a *cada um segundo a sua necessidade,* para favorecimento dos economicamente fracos, e o constitucionalismo alemão do período de Weimar mostrou que não basta a igualdade como questão entre o Estado e o cidadão sem que se efetive como princípio de atribuição de oportunidades e capaz de oferecer condições de vida, optando por uma igualdade igualitarista e econômica, uma questão também de distribuição de bens e de rendas planejada pelo Estado, uma concepção de igualdade material e não apenas formal, uma igualdade que tem como destinatário não apenas o aplicador da lei, como na teoria da liberdade formal, mas também o legislador e uma proteção não apenas do cidadão perante o Estado, daí por diante ficando claro o bidimensionalismo da igualdade em seus dois aspectos, o formal e o material.

Entre os juristas, Kelsen, em *O problema da justiça,* sustenta que todos os homens devem ser tratados por igual e que, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais, os indivíduos devem ser tratados igualmente, e, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente. Nega a possibilidade de a norma ser igualitária ou não, por entender que a igualdade assim compreendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

O constitucionalista português Jorge Miranda, em seu *Manual de direito constitucional,* sublinha a "tensão insuprimível entre liberdade e igualdade e entre esta e o direito de diferença". Considera a igualdade absoluta impraticável e a igualdade relativa concretizável sob o aspecto positivo, a igualdade dos iguais, e o negativo, a desigualdade dos desiguais. Não vê oposição entre igualdade material, econômico-social e igualdade formal, padrão de regularidade no julgamento imparcial de todos na conformidade com a lei. Entende que os novos paradigmas de justiça só serão coerentemente aplicáveis se respeitada a igualdade formal: uma é condição da realização da outra.

Outros pensadores, como Frabkfurt (1997), Derek Parfit (1998) e Joseph Raz (1986), entendem que nossa sensibilidade moral está

mais afinada com a situação dos excluídos — dos menos favorecidos em nossas sociedades, para quem nós pedimos prioridade por conta das suas necessidades urgentes não satisfeitas e para aliviar o seu sofrimento — do que com a igualdade. Pendem, portanto, para um prioritarismo e não igualitarismo conectando a igualdade, que julgam não possuir valor intrínseco com outros valores independentes e antecedentes.

Já Friedrick Hayck prefere a liberdade e não a igualdade, por entender que a igualdade suprime a liberdade e sem esta as pessoas não se desenvolvem e a sociedade não cresce.

Amartya Sen, em *Desigualdade reexaminada,* dá outra direção aos estudos ao mostrar que a ideia de igualdade nos põe diante da heterogeneidade básica dos seres humanos, sem a qual não é possível verificar desigualdades e a multiplicidade de variáveis ou fatores de comparação. Mostra, com acerto, que a escolha da variável, entre as diversas que podem ser escolhidas, preordena a discussão e altera a conclusão.

A igualdade, na perspectiva de uma variável, pode não coincidir com a igualdade sob outra escolha de avaliação, assim como as avaliações da mesma variável podem ser diferentes segundo os valores de cada pessoa, concluindo, portanto, que a igualdade é um exercício de comparação. Mede-se algum aspecto específico de uma pessoa com o mesmo aspecto de outra pessoa, uma vez que duas pessoas podem ser desiguais em um aspecto, mas iguais em outro. Desse modo, concluiu que o estudo da igualdade é a *verificação das desigualdades.*

Ensina que as variáveis de comparação vão desde as circunstâncias internas de uma pessoa, como a retidão moral, a saúde, os méritos pessoais, o amor ao próximo, até as circunstâncias externas, como as rendas, a riqueza, o patrimônio e assim por diante, não deixando de dizer que a igualdade de felicidade pode estar associada a graus diferentes de avaliações de cada pessoa, já que pessoas com riquezas iguais podem coexistir com graus de felicidade bem diferentes.

O estudo da igualdade no direito do trabalho, tema a que se dedicaram Alan Supiot, Principe d'egalité et limites du droit du travail, *Droit Social*, n. 4, abr. 1992, p. 338, Manuel Ramon Alarcon Caracuel, El principio de igualdad en el derecho de la Union Europea, in *La*

igualdad de trato en el derecho comunitario laboral, Ed. Aranzadi, 1997, e Guilherme Machado Dray, em *O princípio da igualdade no direito do trabalho* (1999)*,* carece de um método de desenvolvimento do tema.

O direito do trabalho trata desigualmente situações desiguais e igualmente situações iguais.

O direito do trabalho elegeu alguns fatores que, ao largo da sua evolução, desde a Revolução Industrial do século XVIII, destacaram-se como aqueles que exigiram a intervenção da lei para impedir a violação do princípio da igualdade. Foram, no início, de ordem econômica, tendo em vista disparidades injustificáveis de salários para o trabalho de igual valor.

Surgiu, assim, o princípio da isonomia salarial, declarado pela Constituição da Organização Internacional do Trabalho — OIT (1919), art. 41, ou seja, o "princípio do salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho de igual valor". Para a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), "todo homem tem direito a igual remuneração por igual trabalho".

A OIT aprovou a Convenção n. 100 (1951) sobre salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher. A igualdade de tratamento retributivo foi reconhecida, também, pelo *Tratado da Comunidade Europeia*, art. 141, que declara: "Cada Estado-membro assegurará a aplicação do princípio da igualdade de retribuição entre trabalhadores do sexo masculino e feminino pelo mesmo trabalho ou por trabalho de igual valor. Por retribuição entende-se, para os fins deste dispositivo, o salário ou tratamento normal de base ou mínimo e todas as demais vantagens pagas direta ou indiretamente, em dinheiro ou *in natura*, pelo empregador ao empregado, em razão do emprego deste último. A igualdade de retribuição, sem discriminação fundada no sexo, implica: a) que a retribuição de um mesmo trabalho paga por tarefa seja fixada com base na mesma unidade de medida; b) que a retribuição do mesmo trabalho paga por tempo seja igual para o mesmo posto de trabalho (noção onicompreensiva de remuneração); c) que não é vedado ao Estado-membro manter ou adotar medidas prevendo vantagens específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional ou a compensar vantagens de carreira profissional".

A disparidade de tratamento entre homens e mulheres expandiu-se como meio de promoção do trabalho da mulher e correção das desigualdades; e no sentido de corrigi-las foi aprovada a *Carta das Nações Unidas* (1945), que estabelece o princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres.

Na União Europeia deu-se destaque ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de seguridade social (Diretivas n. 207, de 1976, e 7, de 1997), de caráter legal, salvo situações específicas, como auxílio familiar, prestações aos herdeiros, idade e valores de aposentadoria.

A *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais da União Europeia* (1989) declara que, "para tal fim, devem ser intensificadas, se necessárias, ações voltadas para a garantia da atuação da igualdade entre homens e mulheres, em particular em matéria de acesso ao trabalho, retribuição, condições de trabalho, proteção social, instrução, formação profissional e evolução da carreira. É, de outro lado, oportuno desenvolver medidas que permitam aos homens e mulheres conciliar melhor as suas obrigações profissionais e familiares".

A mesma Comunidade (Diretiva n. 207, de 1976, da União Europeia) ampliou a proteção da igualdade entre homens e mulheres para o acesso ao trabalho, formação e promoção profissional e condições de trabalho, ressalvando que o princípio é inaplicável quando o sexo seja condição determinante do exercício da profissão. A Diretiva n. 85, de 1992, proíbe o trabalho noturno da mulher grávida. A Diretiva n. 34, de 1996, defende a igualdade entre homem e mulher em razão das obrigações familiares.

A jurisprudência da Corte Europeia também valoriza o mesmo princípio, posicionando-se contrária à exclusão genérica da mulher de postos militares que comportam uso de armas, e admite diferenciação de tratamento para o preenchimento de postos de unidades de combate especial ou de vigilância carcerária.

Acordo de 1995 entre organizações sindicais europeias (UNICE, CEEP e CES) sobre conciliação entre obrigações profissionais faculta ao empregado ausentar-se do trabalho durante doença da criança de idade inferior a 8 anos, sem nenhuma limitação temporal, até os 3 anos de idade, e, no limite de 5 dias por ano para cada progenitor em se

tratando de criança de 3 a 8 anos, ou na conformidade dos contratos coletivos internos.

A Convenção n. 156 da OIT (1981) dispõe sobre *Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos*. No mesmo sentido é a *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais da União Europeia* (1989), cujo Título 1 trata da *Ocupação e Retribuição*, destacando que a igualdade de possibilidades entre homens e mulheres deve ser desenvolvida e que, para esse fim, "devem ser intensificadas, se necessárias, ações voltadas para a garantia da atuação no sentido dessa igualdade, em particular em matéria de acesso ao trabalho, retribuição, condições de trabalho, proteção social, instrução, formação profissional e evolução da carreira. É, de outro lado, oportuno desenvolver medidas que permitam aos homens e mulheres conciliar melhor as suas obrigações profissionais e familiares".

A nacionalidade quase sempre foi um fator desigualitário de tratamento trabalhista entre nacionais e estrangeiros, como se vê pela lei brasileira dos 2/3, ainda em vigor, e que se destina a privilegiar a contratação, pelas empresas, de nacionais em relação a estrangeiros. Todavia, sistemas jurídicos assimétricos podem comprometer esforços para a concretização de um direito comunitário, o que levou a União Europeia, com a eliminação das barreiras migratórias para os trabalhadores, a assegurar a igualdade em razão da nacionalidade pelo *Tratado da União Europeia*, art. 39, com o princípio da não discriminação no trabalho em razão da nacionalidade, com vistas à migração dos trabalhadores entre os países, e a *Carta Social Europeia*, subscrita em Turim (1961), que relaciona direitos fundamentais do trabalhador, entre os quais o direito à igualdade de tratamento entre os cidadãos dos Estados-membros da União Europeia.

A Constituição de 1934 (art. 121, § 1º, *a*) proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

As Constituições seguintes pouco acrescentaram.

Com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade",

incluído nessa garantia o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O art. 7º, XXX e XXXI, veda a "diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (art. 7º, XXX) e proíbe "qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (art. 7º, XXXI).

Direcionou-se, mais recentemente, a realização do princípio da igualdade para a proibição da discriminação que tem como origem remota a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), art. 1º, que veda discriminação sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Enuncia-se como a proibição de atos, tratamento ou prevenção contra uma pessoa, de modo a fazer com que se sinta constrangida perante as demais pessoas, por ter sido ferida em sua dignidade e respeito que deve merecer.

O direito de não ser discriminado é um dos principais direitos fundamentais do trabalhador. Discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, estado civil, opinião política, origem social ou nacional que tenha por finalidade anular a igualdade de oportunidades, de tratamento e de resultados no emprego.

A *Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho* define discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão''.

Um dos seus fundamentos, no direito internacional, é a *Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (ONU, 1966), que se reporta à *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, segundo a qual todos os homens nascem iguais em dignidade e direitos, à *Declaração das Nações Unidas*, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. A Organização Internacional do Trabalho — OIT, em 1958, aprovou a *Convenção sobre Discriminação no Emprego e Profissão* (Convenção n. 111) e, em 1981,

a *Convenção n. 156, sobre Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos.*

São declarações em defesa do trabalhador contra discriminação salarial o princípio da igualdade salarial proclamado pela *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), o *Tratado de Versalhes* (1919), as *Convenções n. 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho*, a *Convenção sobre Eliminação da Discriminação da Mulher, das Nações Unidas* (1979), e outros documentos internacionais. Surgiram como resposta às disparidades salariais nos serviços idênticos entre trabalhadores masculinos e femininos, incorporando-se às leis. Na União Europeia, a Diretiva n. 75/117 dispõe que deve ser eliminada qualquer discriminação salarial entre homens e mulheres.

A Constituição de 1988, vedando o preconceito (art. 3º, IV), dispõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..." (art. 5º, *caput*): "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I); a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (art. 5º, XXX); e a "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência" (art. 5º, XXXI).

3. Proteção à moral

Há, sobre este importante tema, no Brasil, diversos estudos jurídicos, entre outros os de Valdir Florindo (*Dano moral e o direito do trabalho,* 2002)*,* Pinho Pedreira (artigo na *LTr*, v. 55, p. 552-9), Rodolfo Pamplona Filho (*O dano moral na relação de emprego,* 1999), Gislene Sanches (*Dano moral e suas implicações no direito do trabalho,* 1997), Paulo Eduardo Oliveira (*O dano pessoal no direito do trabalho,* 2002) e Enoque Ribeiro dos Santos (*Dano moral na dispensa do empregado,* 2002).

Proteger o empregado em sua moral é decorrência da valorização da dignidade do ser humano (CF. art. 1º, III) e não se limita às proibições de discriminar. Essa proteção vai além para defender o empregado

como ser humano que deve ser respeitado no trabalho e se efetiva mediante diferentes aplicações. Ganha relevo o estudo do assédio moral, do assédio sexual e do dano moral. Este é a consequência daqueles e fato gerador da reparação mediante indenização e, dependendo da gravidade ou repercussão da ofensa, outros meios como o desagravo e a retratação pública.

Agressão moral é o ato único por si suficiente para causar o dano (p. ex., o ato lesivo da honra e da boa fama praticada pelo empregador ou superiores hierárquicos, contra o empregado, salvo em legítima defesa). Configura justa causa para que o trabalhador dê por rescindido o contrato de trabalho com direito às verbas rescisórias (CLT, art. 483), mais a indenização por dano moral (CF, art. 5º, X; e CC, arts. 12 e 186). Pode configurar-se por uma publicação ofensiva pelos meios de comunicação. A diferença entre agressão moral e assédio moral, considerando-se tal definição, está na reiteração da prática que configura esta última, e no ato instantâneo que caracteriza aquela.

A Assembleia das Nações Unidas entende por vítimas as pessoas que "individual ou coletivamente tenham sofrido algum prejuízo, principalmente uma ofensa à sua integridade física ou mental, um sofrimento moral, uma perda material, ou uma injúria grave a seus direitos fundamentais, em virtude de atos ou omissões que não constituem ainda uma violação da legislação penal nacional, mas representam violações de normas internacionalmente reconhecidas em matéria de direitos humanos".

A lei trabalhista brasileira não trata diretamente do tema. A jurisprudência nos Estados Unidos é farta. A lei da França (*Code du Travail*, art. L.1151-1, L.1153-1) protege o empregado contra o abuso de autoridade do empregador ou seus prepostos que lhe dirigem atos atentatórios a sua moral. O Código do Trabalho de Portugal (2003), em seu item 3, segue a mesma diretriz e dispõe: "constitui, em especial, assédio todo comportamento indesejado de caráter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objetivo e o efeito" de "afetar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador" (item 2).

O *assédio moral* é uma série de atos cuja tipificação não é definida pela lei. Evidentemente, não há falar em assédio moral da pessoa

jurídica, embora possível a configuração do dano moral contra ela. Há estudos da psicóloga Marie-France Hirigoyen (*Assédio moral, a violência no cotidiano*, trad. ed. ABDR, 5. ed., 2002, e *Mal-estar no trabalho, redefinindo o assédio moral,* trad. mesma editora, 2002) com o seguinte: "O assédio moral, no trabalho, é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho". Estudos conclusivos no Brasil são também os de Sônia Mascaro *(O asssédio moral).*

O assédio moral é uma forma de violência no trabalho que pode se configurar de diversos modos (p. ex., o isolamento intencional para forçar o trabalhador a deixar o emprego, também chamado, no direito do trabalho, de disponibilidade remunerada, o desprezo do chefe sobre tudo o que o empregado faz, alardeado perante os demais colegas, deixando-o em posição de constrangimento moral, a atribuição seguida de tarefas cuja realização é sabidamente impossível, exatamente para deixar a vítima em situação desigual à dos demais colegas).

O *assédio sexual,* estudado, entre outros, na Espanha, por Arochena, em *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*; na Argentina, Martínez Vivot, em *Acoso sexual en las relaciones laborales*; no Brasil, Pastore e Robortella, em *Assédio sexual no trabalho, o que fazer*; Rodolfo Pamplona Filho, na tese de doutorado pela PUC de São Paulo, *O assédio sexual na relação de emprego*; na França por Marie-France Hirigoyen, no livro *Mal-estar no trabalho*, não é senão um passo a mais na perseguição moral. Tem relação com os dois sexos, mas a maior parte dos casos refere-se a mulheres agredidas por homens, frequentemente por superiores hierárquicos.

O *constrangimento* é a base da sua configuração. É, até mesmo, o gênero que abrange o assédio moral, o assédio sexual e a agressão moral. Explicita-se como manifestação de intenção sexual sem receptividade do assediado, de modo a cercear a sua liberdade de escolha, a ponto de atingir a sua dignidade, o que difere de pessoa para pessoa, como, também, das circunstâncias de cada caso. Constrangimento significa a não aceitação. Se há consentimento do suposto ofendido, não há falar em assédio sexual. Quem concorda não está sendo constrangido.

Arochena mostra toda a dificuldade da questão ao dizer que a única maneira certa de eliminar o assédio sexual no âmbito das relações de trabalho seria a proibição de qualquer tipo de relação social não estritamente profissional entre os trabalhadores, o que, além de inviável, não seria, com toda a segurança, positivo para o próprio funcionamento da empresa como organização. Observa, também, que os comportamentos que o tipificam são muito difíceis de especificar porque a mesma conduta de um trabalhador pode ser interpretada diferentemente em outros, tudo dependendo das circunstâncias e das pessoas em questão. Esses e outros aspectos complicam a definição jurídica do tema.

Qual é o fundamento, no direito, da proibição do assédio sexual nas relações de trabalho? Será, para alguns, um problema de discriminação, caso em que a sua punição encontra, nos mesmos princípios contra os atos discriminatórios do trabalhador, a sua razão de ser; para outros, é espécie do dano moral, o que levará o intérprete a buscar, nos fundamentos autorizantes da sua reparação, os mesmos suportes jurídicos que devem produzir efeitos nos casos de assédio sexual. No entanto, parece-nos que tanto o assédio moral como o assédio sexual e a agressão moral encontram a mesma forma principal de reparação, que é a indenização por dano moral, não sendo descartáveis outras formas, no caso de agressão moral a retratação.

Assédio sexual pressupõe, ao contrário de agressão por ato único, uma conduta reiterada tipificadora, nem sempre muito clara, por palavras, gestos ou outros atos indicativos do propósito de constranger ou molestar alguém, contra a sua vontade, a corresponder ao desejo do assediador, de efetivar uma relação de índole sexual com o assediado; portanto, explicita-se como manifestação de intenção sexual sem receptividade do assediado, de modo a cercear a sua liberdade de escolha, a ponto de atingir a sua dignidade, o que difere de pessoa para pessoa, da mesma maneira que a moral, também, deve ser interpretada em consonância com as variações do tempo e do espaço.

Não se confunde com os crimes contra a liberdade sexual. Estes podem caracterizar o assédio sexual trabalhista, mas não se confundem. Pode haver assédio sexual no trabalho e não haver um crime contra a liberdade sexual. Esses crimes têm definição própria na lei penal, como

o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, a sedução, a corrupção de menores, o ultraje público ao pudor e o escrito ou objetos obscenos; como se vê, o assédio sexual pode ter como conduta tipificadora uma das descritas na lei penal. Mas é claro que o ilícito penal é autônomo, tem efeitos próprios diferentes do ilícito trabalhista.

Assim como há assédio sexual do empregador contra o subordinado, que é o mais grave, porque envolve uma relação de poder, como a de emprego, na qual aquele se situa na posição dominante e este na de dominado, poderá haver, também, do preposto do empregador sobre o empregado, podendo configurar a dispensa indireta por justa causa do empregador por ato lesivo à honra e boa fama do empregado (CLT, art. 483, letra *e*), além de reparações civis, as mesmas previstas para o dano moral; do empregado contra colega, o que mostra que o assédio sexual não tem como única situação uma relação de poder, podendo sujeitá-lo a punição disciplinar ou dispensa por justa causa de incontinência de conduta (CLT, art. 482), ou clientes, o que põe em discussão o problema da responsabilidade civil da pessoa jurídica pelos atos praticados por seus prepostos, prevista no Código Civil, arts. 1.521, III, e 1.522, aspecto que exige da empresa cuidados especiais, medidas preventivas e rigor na seleção e fiscalização dos empregados para não ser acusada por seus atos; e, embora mais difícil, a de empregado sobre superiora hierárquica, punível também com justa causa e as mesmas reparações civis.

A Lei n. 10.224 (2001) alterou a redação do art. 216 do Código Penal, que passou a ser a seguinte: "Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos". O ilícito penal é autônomo, tem efeitos próprios diferentes do ilícito trabalhista. Embora sendo uma lei penal, pode servir de diretriz para a configuração do ilícito trabalhista.

O tema ainda é recente em nosso país, e as ações judiciais existentes são poucas e não permitiram uma elaboração de jurisprudência capaz de oferecer elementos sólidos para conclusões seguras. Há, no entanto, algumas decisões como as que seguem:

"Demonstrada a conduta de conotação sexual não desejada, praticada pelo chefe, de forma repetida, acarretando consequências prejudiciais ao ambiente de trabalho da obreira e atentando contra sua integridade física, psicológica e sobretudo, a sua dignidade, resta caracterizado o assédio sexual, sendo devida a correspondente indenização por danos morais" (TRT/17ª Região, RO 1.118/97, Ac. 2.7.98, Rel. Juiz José Carlos Rizk, *LTr*, 63-03/373). "A hipótese dos autos não pode ser confundida com a de assédio sexual, porquanto este se caracteriza pelo constrangimento provocado na vítima, na busca de favor sexual mediante o uso de poderes concedidos por situação hierárquica superior, hipótese que não restou comprovada nos autos. Também não há prova de que a situação, ainda que constrangedora, tenha configurado verdadeiro atentado à dignidade da empregada, o que autorizaria o deferimento da indenização pleiteada" (TRT, 4ª Região, RO 01014.303/96.6, Ac. 4ª T., 9-12-1998, Rel. Juiz Juraci Galvão Júnior, *LTr*, 63-05/690). "Assédio sexual. Frase grosseira do superior hierárquico, com conotação sexual, não configura hipótese de assédio; nem fatal (desigual e sem margem para o exercício da liberdade), nem comportamental (assediador manipula seu comportamento de modo a torná-lo atrativo ao assediado, com promessa de vantagens), nem ameaçador (coação pelo anúncio de malefício). Configura-se com o uso do poder como forma de obter favores sexuais. O fato dos autos nem chega a poder ser considerado como 'cantada', mas simples situação em que a autora teria sido 'molestada'. Não há promessa de vantagem ou ameaça de algum mal para obtenção de favores" (Ac. TRT/2ª Reg., 9ª T., n. 02980073894, decisão 11-2-1998, RO 02960411603, 1996, *DOE-SP*, PJ, Rel. Juiz Valentin Carrion, *site* TRT/SP, jurisprudência).

Inúmeras situações, das quais serão dados alguns exemplos, surgem nas relações de trabalho.

A revista pessoal das operárias, que tanto pode ser feita adequadamente, em cabinas e sempre por funcionários do mesmo sexo do funcionário revistado, ou com o uso de máquinas eletrônicas, não configura o dano moral, mas a revista de modo vexatório expondo o trabalhador a uma situação humilhante perante colegas pode caracterizar o dano moral.

Dispensa sem justa causa, por si, não configura o dano porque a dispensa é um direito que a lei assegura ao empregador. Declaração de abandono de emprego divulgada pelo jornal quando não se configurou o abandono pode acarretar dano profissional. Ofensa pública à honra do trabalhador e acusação infundada de prática de furto — que não se confunde com o pedido de abertura de inquérito policial para apurar o fato sem acusação a empregado; lesão deformante adquirida no serviço; a propagação, pelo empregador, de comentários desairosos e difamantes à conduta pessoal e profissional de ex-empregado com o intuito de prejudicá-lo na obtenção de novo emprego, situação que se enquadra entre as de dano moral; a difusão de "listas negras" e outras também configuram dano moral.

O fundamento legal para a indenização por dano moral na Justiça do Trabalho é a Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*, V, que prevê indenização por dano material, moral ou à imagem, e o inciso X, que determina serem "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Acrescente-se o Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002, art. 186), segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

A Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-lei n. 5.452, de 1º-5-1943), art. 482, declara que constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: "*j*) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições...; *k*) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos". E segundo o art. 483, "O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: ... *e*) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama".

A indenização de dano moral não é tarifada. O juiz tem plena liberdade para fixar o valor da reparação. Deve levar em conta as possibilidades do autor, a extensão do dano do ofendido e o princípio da proporcionalidade.

4. Intimidade e privacidade

O *direito à intimidade ou à privacidade* corresponde ao respeito ao caráter privado da vida da pessoa, que, em condições normais, não pode ser devassada, uma vez que todo ser humano tem o direito de subtrair-se à indiscrição. Assim como contraria a proteção desse direito fotografar alguém a distância com teleobjetiva no interior da sua residência, também, no estabelecimento, monitorar indevidamente os empregados afeta o mesmo direito. Cumpre, no entanto, salientar que a situação ocorrida numa empresa e durante os horários de trabalho não é igual à que se verifica na residência devassada. Fiscalizar é um direito do empregador para checar se os salários que paga estão sendo correspondidos. Mas a fiscalização não é um poder ilimitado. Nem poderia ser. Há limites que não podem ser ultrapassados, e se forem configuram transgressão do direito à privacidade. Se uma empresa devassa os sanitários, ainda que com o objetivo de coibir a demora do empregado na sua utilização em horários de trabalho, usa um meio inadequado, porque pode exercer o controle de outro modo.

O trabalhador e o empregador devem guardar sigilo quanto à intimidade da vida privada. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange o acesso, a divulgação de aspectos da esfera íntima e pessoal e da vida familiar, afetiva e sexual, o estado de saúde e as convicções políticas e religiosas. Tem o direito de reserva e confidencialidade do conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte através do correio eletrônico de seu uso quando autorizado pelo empregador a usá-lo para fins particulares e alheios ao serviço.

O empregador não pode exigir do candidato a emprego ou dos empregados que prestem informações relativas à sua vida privada, à sua saúde, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem ou forem estritamente necessárias e relevantes para a avaliação da sua aptidão para o trabalho. Pode utilizar, quando justificado, meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho, o comportamento e a atividade profissional do trabalhador.

Deve ser vedada a revista do trabalhador desde que abusiva e de modo a afetar a sua intimidade e integridade física e moral. A empresa pode valer-se de revista eletrônica.

5. Informática

A informática, o computador e a *Internet* trazem vantagens, mas, também, alguns problemas novos. A essência da *Internet* está em propagar informações abertas acessíveis por qualquer um e em qualquer lugar, um meio de comunicação de velocidade e amplitude incomparáveis com as até então existentes, crescendo de modo mais rápido que as redes de televisão e de telefonia e permitindo a conexão de maior número de pessoas ao mesmo tempo, mudando o comportamento das pessoas, das empresas, dos sindicatos, dos governos, de grupos e subgrupos sociais e apresentando perspectivas de futuro até agora com estimativas de previsões infindáveis.

Portanto, Internet é uma rede de conexão que interliga a comunicação dos seus usuários em todo o mundo com o uso dos computadores, englobando milhares de outras redes menores de modo a permitir a circulação de textos, imagens e sons, contendo temas dos mais variados, em velocidade e proporção antes desconhecidas.

A Intranet é, como sabemos, a rede interna numa empresa para comunicação recíproca entre todo o seu pessoal, numa mesma sala, em salas diferentes, em seções diversas, em andares diversos, em estabelecimentos situados em localidades diferentes, entre diretoria e chefias, que ajuda a troca de instruções e a divulgação de ordens de serviços, para um, alguns ou todos os empregados, a ponto de permitir a localização e recuperação de informações internas atualizadas no seu banco de dados e agilizar a integração dos recursos humanos, de modo a disponibilizar avisos, como aviso prévio de férias, de dispensa, comunicação de desligamentos, concessão de vantagens trabalhistas e de reajustes salariais gerais e outros.

E Extranet é a rede externa fechada de uma empresa.

Privacidade e confidencialidade contrapõem-se?

Nos Estados Unidos um terço dos americanos que usam *Internet* no trabalho tem as atividades *on-line* monitoradas pelos emprega-

dores (Fonte: Privacy Foundation). Do total de 40 milhões de trabalhadores norte-americanos, 14 milhões ou 35% são monitorados no uso da *Internet* no escritório. Mundialmente, de 100 milhões de empregados, 27 milhões são rastreados. O monitoramento está crescendo, e o custo das empresas para fazê-lo é cada vez menor.

O controle pela empresa do uso da *Internet* é possível para evitar o desvio das atividades dos empregados para fins particulares. As leis americanas permitem esse controle. Os empregados são avisados de que suas atividades serão controladas e que a empresa poderá acessar o banco de dados para saber o que foi nele registrado. A Justiça pode solicitar os *e-mails* trocados por empregados para verificar se houve uso adequado ou pessoal.

A questão, em nosso país, tende a seguir o mesmo caminho. O empregador tem um poder de direção sobre o trabalho exercido pelos empregados, o que lhe confere o direito de monitorar a atividade do empregado no computador. A privacidade do empregado é respeitada no serviço e fora dele, mas não configura invasão da privacidade o controle sobre os equipamentos pertencentes ao empregador, e que devem ser utilizados apenas para o serviço, e não para fins particulares e privativos do empregado. O correio eletrônico é ferramenta de trabalho e não propriedade pessoal para uso exclusivo do empregado em finalidades próprias de seu interesse não relacionadas com o emprego.

6. Imagem

Outra questão na qual se entrecruzam o direito de preservação da intimidade do empregado e o poder de fiscalização da empresa é a revista feita por indústrias quando o pessoal deixa o local de trabalho, sendo de toda evidência que cada caso terá de ser examinado concretamente para que o equilíbrio entre os dois fatores possa ser mantido e, se não o for, por abuso da empresa, como no caso de revista pelos seguranças da empresa sem o respeito necessário à pessoa do trabalhador, estará violado o direito à intimidade e privacidade do trabalhador.

Durante a seleção de pessoal, a exigência de exames médicos específicos, a entrevista admissional, os questionários sobre preferências e opções pessoais do empregado, a escuta telefônica, o tipo de

traje ou o tamanho dos cabelos do empregado são verificações que podem surgir. Devem ser, porém, apreciadas de modo relativo, uma vez que as circunstâncias de cada caso podem justificar numa situação o que seria injustificável em outra.

A *imagem* é atributo da pessoa, um direito de personalidade, a ela pertence, não podendo ser utilizada sem o seu consentimento. Não há um dispositivo geral da legislação trabalhista brasileira a respeito do tema. A Constituição Federal, art. 5º, X, declara que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". A legislação desportiva (Lei n. 9.615, de 1998) assegura ao atleta profissional participação nos direitos da entidade de prática desportiva para a qual trabalha, nos ganhos de transmissão ou retransmissão de imagem do espetáculo ou eventos desportivos de que participe.

Da violação do direito à imagem têm surgido questões trabalhistas nos casos de uso comercial, sem que o titular do direito o tenha permitido em propaganda não autorizada de produtos industriais em *comerciais* divulgados pelos canais de televisão ou em camisetas impressas com a imagem de alguém, vendidas no comércio, caso em que cabe o pleito da indenização. A preservação da imagem também é defendida pelo direito do trabalho para designar o conceito da pessoa, de modo que os atos patronais desabonadores desse conceito são considerados, também, prejudiciais à imagem do trabalhador. Vê-se que sob essa perspectiva o aludido termo tem outra conotação mais próxima da honra do que dos atributos físicos de que é portadora.

7. Liberdade de pensamento

A *liberdade de pensamento* é um direito básico do trabalhador. A Constituição Federal, art. 5º, IV, declara: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". É um direito de personalidade compreendendo a liberdade de pensamento, de convicção filosófica, de convicção política, corolários do princípio maior da defesa da dignidade do ser humano.

Configura-se prática discriminatória penalizar o empregado ou despedi-lo em razão das suas convicções manifestadas no serviço, contanto que de modo adequado e não ofensivo. O que se deve levar em consideração é o direito de opinião em si, que sempre é preservado. Mas é possível no exercício abusivo desse direito, o que se relaciona com o modo e a forma como é manifestado, configurar-se um ato ilícito, o que dependerá da exata interpretação jurídica do fato.

8. Liberdade de modo de vida

A *liberdade de modo de vida* é outro atributo da personalidade. Termina onde começam os bons costumes, a ordem pública e o prejuízo a terceiros. O homem pode viver como um operário ou como um burguês, ter vida social ou não, pois o seu gênero de vida deve ser respeitado, desde que não interfira no direito dos demais, da coletividade ou prejudique a empresa.

O uso de cabelos longos pelos jovens ou de minissaia pelas jovens é questão que deve ser resolvida dentro das fronteiras desse equilíbrio entre a liberdade de modo de vida do empregado e as exigências que da natureza da atividade da empresa ou do seu meio venham a existir.

Não há dúvida que a boa aparência no serviço é um dever não só perante o empregador, mas também diante dos colegas. Estes não são obrigados a conviver, por exemplo, com alguém que deixa de cumprir os seus deveres de higiene, tornando-se insuportável a sua presença no ambiente de trabalho. O jovem cabeludo que trabalha em uma padaria cujo cliente reclamou por ter encontrado um fio de cabelo no pão não está na mesma situação que o jovem vocalista de um conjunto musical que se apresenta nas emissoras de televisão.

A vida pessoal do empregado é do seu interesse particular; no entanto, se começa a interferir no serviço, pode acarretar efeitos trabalhistas, tanto que a lei considera justa causa, por exemplo, a embriaguez habitual e não apenas em serviço (CLT, art. 482, *f*).

A empresa pode instaurar sindicância contra o empregado para apurar incontinência de conduta ou mau procedimento? O empregador tem o direito de instaurar sindicância. É uma decorrência do seu poder-dever de direção, meio para apurar o que está ocorrendo quanto ao

comportamento dos seus empregados. A licitude da sindicância é reconhecida pela jurisprudência, exemplificando-se com a seguinte decisão: "Não viola o princípio da imediatidade o fato de a empresa, logo após tomar conhecimento da conclusão da sindicância, não punir desde logo o empregado, pois nas grandes organizações empresariais torna-se difícil avaliar e aplicar a sanção, diante do teor de burocracia que a envolve" (TST, 3ª T., RR 459.632/1988, Rel. Min. Convocado Lucas Kontoyanis, *DJ*, 17 set. 1999, p. 205; TST, 4ª T., RR 645.617/2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, *DJ*, 6 out. 2000, p. 720).

Trata-se, portanto, de iniciativa inerente ao seu poder de fiscalização, em nada ficando alterado esse direito do empregador pela finalidade da instauração da sindicância, mesmo que para apurar denúncias de improbidade ou incontinência de conduta, contanto que o faça sigilosamente e sem prévias acusações. Sindicar quer dizer apurar e não acusar. Durante a sindicância são ouvidas testemunhas que são colegas do sindicado, e convém que o façam com o compromisso de manter em segredo as suas declarações. O sigilo nem sempre é mantido. Esse quadro, por si, não caracteriza dano moral ou discriminação.

As declarações prestadas pelas testemunhas na sindicância, se todas são instadas a guardar sigilo, são da sua própria responsabilidade e não podem ser debitadas contra o empregador. Deste, o que deve ser exigido é não acusar, simplesmente apurar para, depois de finda a sindicância, optar pela melhor solução. A sindicância não é justa causa para dispensa indireta ou dano moral e o que se pode exigir do empregador é ao seu término divulgar, na empresa, se nada for apurado, que nenhuma punição foi aplicada ao empregado e que nada o desabona, continuando merecedor da confiança.

§ 47. Direito ao descanso e ao lazer

Sumário: 1. A importância do direito ao descanso. 2. Conceito de jornada de trabalho. 3. Fundamentos da limitação. 4. Classificação. 5. Sobreaviso. 6. Horas extras e horas noturnas. 7. Intervalos de descanso. 8. Controle do tempo de serviço. 9. Ônus da prova do tempo de serviço. 10. Política de redução do tempo de serviço.

1. A importância do direito ao descanso

Outro direito fundamental do trabalhador é o direito ao descanso. O tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e que lhe facilitem o convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, leitura de jornais e revistas, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria da sua condição social.

O lazer atende à necessidade de libertação, de compensação às tensões da vida contemporânea, e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade do ser humano de encontrar-se consigo e com o próximo, sendo essas, entre outras, as causas que levam a legislação a disciplinar a duração do trabalho e os descansos obrigatórios.

A limitação do tempo de trabalho é definida em função do fator dia, semana, mês e ano, daí a disciplina legal sobre jornada diária de trabalho e os máximos permitidos pelas leis ou pelas convenções coletivas de trabalho e os intervalos de descanso e alimentação, o direito

ao repouso semanal remunerado, o direito ao descanso anual por meio das férias remuneradas, tem por finalidade atender a essas necessidades.

Discute-se se a redução da jornada de trabalho pode contribuir para o mesmo fim. Isso tem motivado iniciativas, em alguns sistemas jurídicos, de experiências para a diminuição do tempo semanal de trabalho. A redução, na França, com um grau acentuado de atenção do Governo e de planejamento legal, tem sido cenário, ultimamente, de pleitos sindicais crescentes e de inúmeros debates, técnicos e ideológicos, manifestando variedades de enfoques. A proposta de redução do tempo de trabalho não se limita à função social de melhoria da qualidade de vida. Outros fins são acoplados ao mesmo pleito. O segundo deles é a redução do desemprego como forma de repartir os empregos para que o maior número de pessoas possa ter acesso ao emprego.

Estudo cuidadoso sobre o tema é o de Albert Recio, professor do Departamento de Economia Aplicada da Universidade Autônoma de Barcelona, com o título *La jornada laboral: una cuestión multiforme*, publicado no livro *Sindicatos y cambios económicos y sociales* (Salamanca, 2002). O autor mostra que a questão é complexa e deve fazer parte de uma *política de tempo* que leve em consideração diversos fatores, como a variedade das atividades humanas, pois algumas pessoas têm jornadas excessivamente altas na conformidade do setor de atividade em que trabalham, bastando comparar o trabalho doméstico com o bancário: mulheres dedicam a maior parte do tempo ao trabalho e não a serviço dos seus familiares, tudo revelando uma desigualdade endêmica que deve combinar-se para alcançar um nível de vida e participação social aceitáveis. Propõe que se parta de um ponto de vista igualitário no sentido de proporcionar a todos um mesmo nível básico de disponibilidades de tempo, o que supõe reavaliar o tempo de trabalho nos diversos setores de atividade, de modo a permitir às pessoas a participação em atividades não produtivas em nível satisfatório.

Bem-intencionada, a proposta é de difícil realização quando pretende a distribuição igualitária da disponibilidade de tempo, tendo em vista a variedade de atividades humanas, fator suficiente para impedir o seu sucesso. Desiguais essas atividades e, por consequência, o tempo necessário para o respectivo desenvolvimento, a horizontalização

da disponibilidade do tempo disponível das pessoas esbarra na natural desigualdade de situações para que todas possam ser igualadas. Acrescente-se que definir o tempo disponível para atividades diferentes do trabalho profissional é, também, uma opção pessoal, de modo que impossível será obrigar as pessoas a uma igual repartição de tempo de trabalho e tempo livre.

2. Conceito de jornada de trabalho

O vocábulo *giornata,* que em italiano significa dia, tem diversos sentidos, próximos, mas não coincidentes, em seu núcleo, sempre indicando uma relação de tempo que pode ser examinada sob diversos aspectos, como a *medida da duração desse tempo,* a sua distribuição em módulos de repartição diário, semanal, mensal ou anual, a *contagem desse tempo* para distinguir o que é incluído ou excluído dela, o *horário* de começo e fim desse tempo, a *classificação dos tipos como o período* noturno, diurno, normal, extraordinário, sobreaviso e assim por diante.

Jornada como medida do tempo de trabalho é o estudo dos critérios básicos destinados a esse fim, a saber, o que é e o que não é incluído no tempo de trabalho: o *tempo efetivamente trabalhado*, o *tempo à disposição do empregador,* o *tempo "in itinere"* e os *intervalos para descanso ou alimentação.*

O critério do tempo efetivamente trabalhado está sendo afastado. Nele o trabalho é contraprestativo com o salário. Só é remunerável e de trabalho o período no qual o empregado prestou a sua atividade. Levado às últimas consequências, toda vez que o empregado, mesmo no local de trabalho, deixasse de produzir, não estaria correndo a jornada de trabalho.

O critério do tempo à disposição do empregador no sentido restrito fundamenta-se na natureza do trabalho do empregado, isto é, na subordinação contratual, de modo que o empregado é remunerado por estar sob a dependência jurídica do empregador e não apenas porque e quando está trabalhando.

O último critério, do tempo à disposição do empregador no sentido amplo, inclui como de jornada de trabalho o período *in itinere*,

isto é, aquele em que o empregado está em percurso de casa para o trabalho e de volta do serviço. Tem como defensor, na doutrina, José Montenegro Baca, que escreveu *Jornada de trabajo y descansos remunerados*, e que define jornada de trabalho como "o tempo durante o qual o trabalhador permanece à disposição do empregador, desde que sai de seu domicílio até que regresse a ele".

A lei brasileira acolhe a teoria restrita do tempo efetivamente trabalhado, o tempo em que o empregado permanece, mesmo sem trabalhar, à disposição do empregador e quando, em casos especiais, manda computar como de jornada de trabalho o tempo em que o empregado se locomove para atingir o local de trabalho — tempo *in itinere —,* como previsto no art. 58, § 2º, quando o trabalho for prestado em local não servido por transporte público ou for de difícil acesso e a empresa fornecer condução, e no art. 238, § 3º, no serviço ferroviário, "no caso das turmas de conservação da via permanente, o tempo efetivo do trabalho será contado desde a hora da saída da casa da turma até a hora em que cessar o serviço em qualquer ponto compreendido dentro dos limites da respectiva turma", acrescentando que, "quando o empregado trabalhar fora dos limites da sua turma, ser-lhe-á também computado como de trabalho efetivo o tempo gasto no percurso de volta a esses limites".

Como o art. 4º da CLT considera de serviço efetivo "o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens", não há dúvida de que a lei brasileira afasta o critério do tempo efetivamente trabalhado, para adotar o critério do tempo posto à disposição do empregador.

A jurisprudência do TST (STST n. 90) fixa as seguintes diretrizes: tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho, de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho; incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado, e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*; mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*; se houver transporte público regular, em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas li-

mitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público; considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

3. Fundamentos da limitação

O meio de combater ou evitar a fadiga é o *lazer*, cujo significado pode ser avaliado pela afirmação de Guy Rocher[1]: "já entramos na civilização do lazer", para mostrar uma conscientização do problema da ocupação distensiva e o largo emprego que hoje se faz, até com aspectos comerciais notórios, do aproveitamento do tempo disponível em recreação, diversão, turismo etc.

Nem sempre, na história da humanidade, os homens puderam contar com um tempo livre.

Na Antiguidade, somente uma elite socioeconômica o desfrutava.

Na Idade Média, poucas foram as modificações, apesar do maior respeito pelo homem. Novas convicções desenvolviam-se no pensamento humano.

Na Idade Moderna, o movimento trabalhista modificou substancialmente a atitude dos homens diante do problema, com a ação vigorosa pela limitação das horas diárias de trabalho e com um início, posterior, incipiente, de participação dos operários em pequenas atividades culturais e esportivas, nos países de maior desenvolvimento, e com as invenções do rádio, cinema, televisão etc. Aos poucos a necessidade de dosagem entre tempo de trabalho e tempo livre passa a constituir uma exigência legal, de tal modo que hoje ninguém mais duvida da imperatividade desse equilíbrio, meio de eficaz e salutar evolução dos povos.

O lazer atende, como mostra José Maria Guix, de modo geral, às seguintes necessidades: a) *necessidade de libertação*, opondo-se à angústia e ao peso que acompanham as atividades não escolhidas livremente; b) *necessidade de compensação*, pois a vida atual é cheia

1. *Sociologia geral*, trad., Lisboa, Ed. Presença, v. 3, p. 100.

de tensões, ruídos, agitação, impondo-se a necessidade do silêncio, da calma, do isolamento como meios destinados à contraposição das nefastas consequências da vida diária do trabalho; c) *necessidade de afirmação*, pois a maioria dos homens vive em estado endêmico de inferioridade, numa verdadeira humilhação acarretada pelo trabalho de oficinas, impondo-se um momento de afirmação de si mesma, de auto-organização da atividade, possível quando se dispõe de tempo livre para utilizar segundo os próprios desejos; d) *necessidade de recreação* como meio de restauração biopsíquica; e) *necessidade de dedicação social*, pois o homem não é somente trabalhador, mas tem uma dimensão social maior, é membro de uma família, habitante de um município, membro de outras comunidades de natureza religiosa, esportiva, cultural, para as quais necessita de tempo livre; f) *necessidade de desenvolvimento pessoal integral e equilibrado*, como uma das facetas decorrentes da sua própria condição de ser humano.

No entanto, entenda-se que lazer não é inatividade; ao contrário, é ocupação útil, mas agradável e não imposta.

Para Dumazedier o lazer é "um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode dedicar-se voluntariamente, seja para descansar, ou para divertir-se, ou para desenvolver a sua informação ou sua formação desinteressada, sua vontade na participação social ou sua livre capacidade criadora quando liberar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais"[2].

Relembre-se que as condições de trabalho do século XVIII eram totalmente adversas para a aceitação de jornadas de trabalho reguladas pelo Estado. Os princípios da economia liberal, opondo-se a qualquer interferência na livre estipulação dos horários de trabalho, sustentavam que era lesiva da liberdade e da autonomia, que deviam presidir a ordem social, qualquer interferência.

A liberdade de fixar a duração diária do trabalho não tinha restrições. Os empregadores tomavam a iniciativa de, segundo os próprios interesses, estabelecer o número de horas de trabalho que cabia aos empregados cumprir. Não havia distinção entre adultos, menores e mulheres.

---

2. *Vers une civilisation du loisir?* Paris, 1962.

As primeiras leis na Inglaterra, França, Itália e Alemanha limitaram a jornada dos menores e mulheres.

Com o Tratado de Versailles (1919), o controle da jornada normal diária de 8 horas ganhou dimensão universal.

No Brasil, o Decreto n. 21.186, de 1932, regulamentado pelo Decreto n. 21.364, do mesmo ano, fixou a jornada diária em 8 horas. Surgiu legislação esparsa para categorias profissionais específicas, unificada em 1940 pelo Decreto-lei n. 2.308, reproduzido, em grande parte, pela CLT (1943). A Constituição de 1934 (art. 121) fixou, também, a jornada diária em 8 horas, mantida daí por diante, inclusive pela Constituição de 1988 (art. 7º, XIII), que, no entanto, reduziu a jornada semanal para 44 horas.

4. Classificação

A jornada de trabalho classifica-se: a) quanto ao *período*, em diurna, noturna ou mista; b) quanto à *limitação*, em jornada normal e extraordinária, esta também denominada suplementar; c) quanto ao *desenvolvimento*, em jornada com e sem intervalo; d) quanto ao *regime jurídico* de duração, em jornada normal e jornada especial, esta levando em conta determinadas atividades ou condições pessoais do empregado em algumas profissões — aeronautas: varia entre 13 e 20 horas, com possibilidade de ampliações, segundo determinadas contingências (Dec.-lei n. 18, de 24-8-1966); 6 horas para telefonistas de empresas de telefonia (CLT, art. 227); 6 horas para bancários (CLT, art. 224); 5 horas para jornalistas profissionais (CLT, art. 303) e músicos (Lei n. 3.857, de 22-12-1963, art. 41), quanto a estes computado o tempo destinado a ensaios; e) quanto à *remuneração*, em jornada com adicional geral e com adicionais especiais; f) quanto à *prorrogação*, em jornada com e sem permissão de horas extras; g) quanto aos *turnos*, em jornada em revezamento e fixa; h) quanto à *integralidade* em jornada a tempo integral e a tempo parcial, esta de até 25 horas por semana, com salários proporcionais à sua duração; i) quanto à exigência ou não do efetivo trabalho, há jornadas nas quais o trabalho não tem de ser prestado, bastando que o empregado permaneça, em certo período, em sua casa para receber, quando necessário, chamado da empre-

sa para trabalhar, como no sobreaviso, e, o que é normal, jornadas nas quais o trabalho efetivo tem de ser prestado na empresa.

Não estão protegidos pela limitação da jornada diária os empregados não sujeitos a cumprimento de horário, qualquer que seja a função ou o local de trabalho. Justifica-se a exclusão porque nesse caso o empregado pode alternar, segundo o seu próprio critério, horas de trabalho e horas de lazer, com o que fica atingida a finalidade da norma protecionista. O que não tem suporte jurídico é a exigência de controle quando a natureza da atividade permite o trabalho sem controle de horário — ex., pessoal de administração — ou quando o sistema implementado pela empresa é de modo a excluir o controle integral — ex., sistema de jornada flexível — e os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário (CLT, art. 62, I), devendo tal condição ser anotada na carteira de trabalho e no registro de empregados. Os gerentes e exercentes de cargos de confiança, como diretores, chefes de departamento ou filial, que recebem gratificação de função em valor igual ou superior a 40% do salário efetivo, também estão excluídos da proteção (CLT, art. 62, II).

5. Sobreaviso

Sobreaviso é a jornada em que o trabalhador fica de plantão à disposição do empregador na própria residência, para atendimento de ocorrências que possam surgir e em dias que não se confundem com aqueles em que presta serviços na empresa. Sua fonte é o art. 244, § 2º, da CLT, texto no qual devem ser identificados os requisitos básicos do instituto: "Considera-se de *sobreaviso* o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de sobreaviso, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal". Costuma-se distinguir sobreaviso, que é a permanência na residência, de prontidão, que é o mesmo, mas no estabelecimento.

São diversos os requisitos que configuram a jornada em sobreaviso.

Primeiro, a obrigatoriedade resultante da determinação inequívoca da empresa para que o empregado permaneça à sua disposição para

o atendimento, fora do seu expediente, das ocorrências que possam verificar-se no estabelecimento. Nesse sentido, basta exemplificar com o seguinte acórdão: "Não sendo obrigada a permanência do empregado, eletricitário, em sua residência, aguardando eventual chamado, inviável a aplicação, por analogia, do disposto no artigo 244, § 2º, da CLT, sendo indevidas as horas de sobreaviso" (TST, RR 3.566/86, Rel. Min. Prates de Macedo, 2ª T., Ac. 2.027/87, in Valentin Carrion, *Comentários à CLT*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 194).

Segundo, no sobreaviso, tal como foi modelado pela lei, há limites temporais para o empregado, segundo uma escala que lhe é determinada pelo empregador, para ficar em regime de plantão, disponível por certo período, que pode ser de 24 horas seguidas em uma ou outra semana do mês.

A escala é exigência da lei (CLT, art. 244, § 2º), exatamente para que haja limitação, diante dos efeitos de condenação ilimitada que permite concluir que todas as 24 horas do dia são dedicadas ao serviço, ou porque o empregado está executando ou aguardando ordens de serviço, como na seguinte decisão: "Regime de sobreaviso, de atenção a eventuais chamadas ao serviço, previsto para os ferroviários, pode ser estendido por analogia a outros trabalhadores, *mas não sem a existência de escala de sobreaviso*" (STF, Ac. Ag. 75.443, *DJ*, 3 jul. 1979, p. 5157; TST, 3ª T., RR 2.283/79, *DJ*, 6 jun. 1980, p. 4207). Acrescente-se outro julgado: "Comprovado que o reclamante, chefe do setor de serviços gerais, não permanecia na sede da empresa à disposição desta e nem era obrigatória a permanência em sua residência, quando escalado para resolver eventuais problemas, bastando fornecer o telefone do local onde se encontrava, não se enquadra a hipótese como regime de prontidão ou sobreaviso, inexistindo direito a horas extras" (TRT, 3ª Reg., 3ª T., RO 4.896/84, Rel. Juiz Ney Proença Doyle, *DJ*, 17 maio 1985).

O sobreaviso é previsto pela lei para o serviço ferroviário (CLT, art. 244). Dessa forma, não comporta interpretação extensiva para outras profissões, como a de motorista, mas pode ser previsto em acordos ou convenções coletivas de trabalho, caso em que terá validade, porque a Constituição reconhece os acordos e convenções coletivas (art. 7º, XXVI).

Quando o empregado se utiliza de telefone celular ou de *bip* fornecido pela empresa, mas tem a liberdade de se locomover, não obrigado a ficar adstrito a um local à disposição do empregador aguardando chamado para trabalhar, não se configura a hipótese de sobreaviso, em decorrência dessa mesma liberdade de movimentação, o que indica que o sobreaviso pressupõe a permanência do empregado em sua residência e não nos casos em que dela possa afastar-se a seu critério e para utilização desse tempo para fins próprios, diretriz acolhida pela jurisprudência (TST, OJ n. 49).

6. Horas extras e horas noturnas

Horas extraordinárias são as excedentes das normais estabelecidas em um dos instrumentos normativos ou contratuais aptos para tal fim, de modo que a regra básica da sua verificação não é a da invariabilidade, mas a da pluralidade da sua configuração, porque tanto excederão as horas normais aquelas que ultrapassarem a lei como as leis fixam diferentes jornadas normais, e, ainda, os convênios coletivos podem, por seu lado, respeitados os máximos legais, determinar, fruto da autonomia coletiva das partes, outros parâmetros que os contratos individuais não podem, por sua vez, desrespeitar *in pejus*.

A lei brasileira permite horas extraordinárias em cinco casos: *acordo de prorrogação*, *sistema de compensação*, *força maior*, *conclusão de serviços inadiáveis* e *recuperação das horas de paralisação*.

a) *Acordo de prorrogação*

Significa que, de comum acordo, empregado e empregador podem prorrogar a jornada diária de trabalho. Está previsto no art. 59 da CLT. As horas extras, decorrentes do acordo de prorrogação, serão de no máximo 2 diárias. Cada hora extraordinária será paga com adicional de 50%. O acordo de prorrogação será, necessariamente, escrito, forma prevista em lei. Dois são os principais problemas decorrentes das horas extras, por acordo de prorrogação. Podem ser suprimidas? Integram a remuneração-base do empregado?

O acordo de prorrogação é instituído no interesse da produção. Assim, nada impede que o empregador deixe de dar horas extras para o empregado. Nem poderia mesmo inventá-las se desnecessárias. Pode-

-se, assim, dizer que o acordo de prorrogação tem prazo indeterminado de vigência; porém, durante esse prazo, só serão cumpridas horas extras quando necessárias para o empregador. Como consequência, o acordo é revogável bilateralmente, mas inaproveitável, salvo se o empregador dele necessitar. Não gera direitos para o empregado de exigir horas além das normais. Não é instituído para esse fim.

As horas extraordinárias decorrentes do acordo de prorrogação são, consequentemente, passíveis de supressão pelo empregador, não havendo nisso ilegalidade. A jurisprudência foi rígida com a STST n. 76 (cancelada pela Res. TST n. 121, de 2003), que ordenava a integração no salário das horas extraordinárias prestadas habitualmente por mais de dois anos ou durante todo o contrato de trabalho nos casos de duração inferior.

Com a STST n. 291 o critério foi flexibilizado: "A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão".

Segue-se, com a supressão das horas extras habituais, que a remuneração correspondente não ficará integrada ao salário desde que o empregador a indenize. Enquanto o empregado as prestar, terá direito ao seu valor para efeitos de cálculo do 13º salário, da remuneração das férias, do repouso semanal, dos depósitos bancários do fundo de garantia etc. Indenizado o empregado pela supressão das horas extras habituais — assim consideradas pela STST n. 291 as exercidas durante pelo menos um ano —, desvinculando-se assim da correspondente remuneração, ou seja, não mais integrando o ganho básico, cessam os reflexos sobre os demais pagamentos nelas respaldados.

b) *Sistema de compensação*

Consiste na distribuição das horas de um dia pelos demais dias da semana. Assim, o empregado não trabalha, por exemplo, no sábado, e cumprirá essas horas de 2ª até 6ª feira. Ou trabalhará menos no sábado, respeitada a carga normal semanal de 44 horas. É previsto no

art. 59, § 2º, da CLT. É formalizado por negociação da qual resulte um acordo ou uma convenção coletiva de trabalho (CF, art. 7º, XIII). O Tribunal Superior do Trabalho admite a validade da sua formalização por meio de acordo individual entre a empresa e o empregado e rejeita o acordo de compensação individual tácito (STST n. 85). O total das horas normais do módulo não pode ser ultrapassado e, havendo extrapolação, as excedentes devem ser remuneradas com adicional de horas extras. Há dois tipos de extrapolação: a diária, quando o número de horas compensáveis ultrapassar de duas por dia; e a modular, quando o total de horas normais do módulo for ultrapassado.

As discussões atuais sobre a amplitude legal da compensação de horas devem ser apreciadas segundo uma perspectiva vetorial que acompanhe a necessidade de constante atualização do direito positivo, para que cumpra as suas funções de acordo com o contexto, sem perda das garantias básicas que defende. Sob esse prisma não nos parece que compensação de horas deva ser considerada matéria de ordem pública, ainda que transferida para o âmbito da negociação com o sindicato, por meio do qual certamente serão estabelecidas, por este órgão de defesa dos interesses do trabalhador, as limitações adequadas para que a compensação não venha a expor o empregado a jornadas mais extensas do que as razoáveis.

As tendências de modernização dos critérios legais sobre jornada de trabalho levaram o legislador a alterar o art. 59 da CLT (Lei n. 9.601, de 1998, art. 6º), criando uma modalidade especial de compensação de horas, ou banco de horas, na linguagem empresarial. Dispõe o § 2º do mencionado artigo que "poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias". Foi, assim, instituída a *compensação quadrimestral de horas*, dependente de acordo coletivo ou convenção coletiva com o sindicato representativo dos trabalhadores, caso em que a empresa poderá, por sua vez, implementar não mais a compensação semanal, mas a quadrimestral. Nesse caso, somadas as horas normais do quadrimestre estabelecido, não haverá obrigatoriedade do pagamento de adicional de horas

extras se não ultrapassado o total das horas normais do período. Somente serão remuneradas com o acréscimo as horas excedentes desse total. Numa nova ampliação, a compensação de horas prevista pela Lei n. 9.601, de 1998, passou de quadrimestral para anual (Medida Provisória n. 1.952-28, de 21-9-2000, que alterou a redação do art. 59 da CLT, § 2º).

Entre as questões jurídicas que a inovação traz, serão ressaltadas algumas.

Primeira, as *implicações da rescisão do contrato de trabalho* antes do fechamento do módulo para compensação. Fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão (CLT, art. 59, § 3º). Logo, é risco do empregador pagar, com o adicional, as horas extras que ainda não compensou, daí o crédito do empregado.

O empregado pode ser devedor, e não credor, porque deixou de trabalhar horas normais. É o caso de paralisação das atividades da empresa, do setor ou do seu grupo quando essas horas já foram remuneradas no salário mensal e seriam futuramente, dentro do quadrimestre, prestadas, o que não mais foi possível diante da rescisão do contrato de trabalho. O empregador poderá deduzir dos créditos trabalhistas do empregado, na homologação dos pagamentos da rescisão contratual, os valores correspondentes às horas pagas e não trabalhadas? Não há solução prevista em lei. A compensação pecuniária substituirá a compensação em tempo, desde que se admita a aplicação subsidiária do Código Civil, art. 1.009, e a limitação do art. 477, § 5º, da CLT, segundo o qual qualquer compensação não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado.

A segunda questão é a dos *efeitos do pagamento das horas excedentes das normais*.

O pagamento, nesse caso, somente poderá ser efetuado após o fechamento do módulo. Antes disso não haverá como somar as horas desse período para o acerto de contas. O pagamento das horas extras tem natureza jurídica salarial, logo, haverá reflexos sobre os demais pagamentos já efetuados nos cento e vinte dias e diferenças de remuneração do repouso semanal, recolhimento dos depósitos do FGTS, contribuições previdenciárias e outras. Essas diferenças só poderão ser

calculadas e pagas ao final do quadrimestre, sem multas ou outros acréscimos porque a obrigação de pagá-las surgiu após o pagamento da obrigação principal.

Por último, a contagem do módulo poderá ser *geral*, quando coincidente para todos os empregados da empresa, setor ou grupo, e *individual*, quando o empregador contar os cento e vinte dias em função de cada empregado.

c) *Força maior*

Há uma definição legal de força maior no art. 501 da CLT. É, em síntese, o acontecimento imprevisível, incogitável, para o qual o empregador em nada concorreu. Ex.: incêndio, inundação etc. Havendo força maior, a lei autoriza a prorrogação da jornada diária de trabalho dos empregados, dispondo, no entanto, que a remuneração será paga como normal. Não fixa limitação (CLT, art. 61).

d) *Serviços inadiáveis*

Serviços inadiáveis são aqueles que, por sua natureza, têm de ser concluídos na mesma jornada de trabalho, sob pena de prejuízos ao empregador. Ex.: a manipulação de produtos perecíveis, ou seja, que, uma vez não guardados em condições térmicas adequadas, deteriorar-se-ão. Havendo a necessidade de conclusão de serviços inadiáveis, o empregado, independentemente de acordo, é obrigado a cumprir horas extras, em número máximo de 4 horas diárias, e que serão pagas com adicional de 50%, como está previsto no art. 7º, XVI, da Constituição. Pode o empregado trabalhar duas horas extras por acordo de prorrogação e mais duas para conclusão de serviços inadiáveis, de modo cumulativo com o adicional. Mas não pode trabalhar duas horas extras decorrentes do acordo de prorrogação e mais quatro para conclusão de serviços inadiáveis. Não são cumulativas, portanto, as causas jurídicas de prorrogação, salvo a mencionada.

e) *Recuperação de horas*

Pode a empresa ficar paralisada por causas acidentais ou de força maior. Ex.: interdição da área onde está o prédio de escritório para obras públicas. Nesse caso os empregados, evidentemente, porque continuam à disposição do empregador, terão direito ao salário, nos termos do art. 4º da CLT. A questão que surge consiste em saber se

essas horas são, por lei, exigíveis para fins de reposição. Há a autorização do art. 61, § 3º, da CLT. Porém, o número total de horas em recuperação será de 90 por ano, ou seja, 2 por dia, no máximo em 45 dias por ano. Há necessidade de uma formalidade. Prévia autorização da Delegacia Regional do Trabalho — DRT. Essas horas serão pagas? A lei não explicita. Entendemos que sim. Trata-se de horas trabalhadas. São pagas porque o serviço é prestado. As horas paradas são remuneradas com base em outra causa, porque o empregado esteve à disposição do empregador, não se podendo, assim, falar em dupla remuneração. Porém, como não está previsto nenhum adicional, a remuneração será simples, no valor da hora normal.

f) Horas noturnas

Horas noturnas são aquelas nas quais o tempo de trabalho é prestado, total ou parcialmente, dentro de um período que a lei considera noturno, com as restrições legais, proibido, pela Constituição Federal, art. 7º, XXXIII, a menores de 18 anos de idade, fixado, como tal, pela CLT, art. 73, § 2º, o trabalho executado das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte, computada cada hora noturna com duração menor do que a diurna, de 52 minutos e 30 segundos (CLT, art. 2º, § 1º).

Justifica-se o princípio constitucional da remuneração do *trabalho noturno* maior do que a do trabalho diurno, porque o trabalho noturno é mais penoso para o organismo. A lei ordena o pagamento de adicionais salariais — 20% a partir das 22 horas e até às 5 horas ou prorrogações. Para o trabalhador rural a jornada noturna será entre 21 horas e 5 horas, na lavoura, e entre 20 horas e 4 horas, na pecuária (Lei n. 5.889, de 8-6-1973).

Havendo turnos ininterruptos de revezamento, a jornada diária normal não poderá exceder de 6 horas (CF, art. 7º, XIV). Turnos ininterruptos são jornadas rotativas, sem fixação de horários, de modo que o empregado sempre prestará serviços em períodos diferentes. O revezamento poderá ser semanal ou quinzenal, e os turnos rotativos serão no período da manhã, da tarde ou da noite, de modo descontínuo.

A Lei Magna referiu-se a *turnos ininterruptos*, surgindo um entendimento segundo o qual, se a empresa concede intervalos na jornada de trabalho, não se configura a hipótese de jornada normal de 6

horas diárias. Esse entendimento foi afastado pelo TST (STST n. 360), que fixou diretriz no sentido de que, também nos casos em que a empresa concede intervalo, a jornada normal é de 6 horas diárias quando os turnos são em revezamento. Se, no entanto, os turnos são fixos, sem se revezarem em períodos diferentes, a jornada normal será de 8 horas. Desse modo, o fato gerador da duração reduzida da jornada normal é exatamente o revezamento dos períodos de trabalho. Igual orientação é a do STF (RE 285.265/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T.).

7. Intervalos de descanso

Os intervalos no trabalho, não remuneráveis como regra, são necessários para a recomposição física do empregado, mas há situações nas quais a sua concessão é difícil como a dos vigias. Há intervalos legais entre duas jornadas — 11 horas — e na mesma jornada. Nesta, há intervalos de 15 minutos se a duração do trabalho for de 4 a 6 horas, e de 1 a 2 horas, se a jornada tiver duração superior a 6 horas.Se o empregador não os conceder ficará obrigado a remunerar o período correspondente com acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (CLT, art. 71, § 4º), mas não desaparecerá a infração.

Há intervalos especiais para algumas profissões. É o caso, por exemplo, dos serviços de mecanografia, compreendendo a datilografia, para cada 90 minutos de atividade 10 de descanso. É considerado tempo de serviço, para fins de remuneração (CLT, art. 72), e para fins de duração da jornada, já que não pode ser da mesma deduzido. Neste caso, diferentemente, cabe ação judicial para cobrar da empresa o intervalo não concedido, diante da obrigação de remunerar. De importância social são dois intervalos especiais de meia hora cada um (CLT, art. 396) para amamentação do filho sem prejuízo dos intervalos gerais. A Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, manda a empresa pagar remuneração, com acréscimo de 50%, do período em que não conceder o intervalo a que se refere o art. 71 da CLT. Dispõe a lei que, "quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo (art. 71 da CLT), não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração normal de trabalho".

O referido dispositivo legal estabelece os intervalos legais que devem ser obrigatoriamente cumpridos pela empresa e prevê a possibilidade de redução desses intervalos mediante autorização do Ministério do Trabalho e Emprego.

De acordo com a STST n. 118, "os intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, *não previstos em lei,* representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada". Os intervalos voluntariamente concedidos pela empresa a seus empregados, se aumentarem o tempo em que estes terão de permanecer no estabelecimento no final da jornada em decorrência desses intervalos não previstos em lei e não computados na jornada, são considerados, pelo que implicarem o excesso do tempo de permanência acima indicado, tempo à disposição da empresa e remunerado inclusive como horas extras com o respectivo acréscimo, por força do disposto na STST n. 118, acima citado.

As formalidades a serem observadas para redução do intervalo legal de descanso de 1 a 2 horas para meia hora resultam da exigência do art. 71, § 3º, da CLT, assim redigido: "O limite mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho quando, ouvida a Secretaria de Segurança e Higiene do Trabalho, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares". A Portaria n. 3.116/89 do então Ministério do Trabalho transmitiu aos Delegados Regionais do Trabalho — hoje Superintendentes Regionais — a competência para apreciar os referidos pedidos de redução do intervalo, desde que atendidos, pela empresa, os seguintes requisitos: a) justificativa técnica para o pedido de redução; b) acordo coletivo de trabalho ou anuência expressa dos empregados, manifestada com a assistência da respectiva entidade sindical; c) manutenção da jornada de modo que os empregados não fiquem submetidos a regime de trabalho prorrogado a horas suplementares; d) manutenção de refeitório organizado de acordo com normas regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego; e) garantia, aos empregados, de alimentação gratuita ou a preços acessíveis, refeições balanceadas e confeccionadas sob a supervisão de nutricionista; f) programa médico especial de acompanhamento dos trabalhadores

sujeitos à redução do intervalo; g) laudo de avaliação ambiental do qual constarão, também, medidas de controle da empresa.

Acordos coletivos negociados entre empresas e sindicatos pactuaram redução do intervalo para meia hora, com respaldo na jurisprudência, até o advento da Orientação Jurisprudencial n. 342 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho, que é restritiva desses acordos por considerar que, sendo a matéria relacionada com a defesa da saúde e integridade física do trabalhador, adquire a natureza de ordem pública, com o que a autonomia coletiva deve ceder diante da lei que fixa a duração mínina dos intervalos em uma hora. Esses acordos que reduzem o intervalo não devem ser renovados após o seu termo final, apesar de haver interesse de alguns sindicatos de trabalhadores no intervalo reduzido, que permite ao empregado deixar mais cedo o local de trabalho. Ações anulatórias de cláusulas de acordos coletivos, cuja legitimidade processual é da Procuradoria do Trabalho, são acolhidas pela Justiça do Trabalho.

8. Controle do tempo de serviço

Como o empregador tem o poder de fiscalização sobre o trabalho do empregado, o tempo de serviço pode ser controlado, com a marcação dos horários de início e de fim da duração do trabalho, inclusive com a dispensa de horários fixos para o começo e o término da jornada, cabendo ao empregador, para quem a lei confere esse poder, decidir se os seus empregados estarão submetidos ou não a controle de horário.

Esse poder está fundamentado no art. 2º da CLT, segundo o qual o empregador dirige a prestação pessoal dos serviços, evidentemente uma faculdade que poderá utilizar ou não, já que é em seu benefício e conveniência, e o art. 444, de acordo com o qual as relações individuais de trabalho podem ser livremente pactuadas, desde que não interfiram nas normas tutelares de trabalho. Observar um limite máximo de duração do tempo do trabalho é uma norma inafastável pela autonomia dos particulares, como, também, a concessão de intervalos de descanso, mas desobrigar ou não o empregado a marcar ponto não contraria nenhuma norma tutelar, a menos que tenha o propósito de fraudar a lei, o que ocorre quando o sistema é adotado para que não fiquem

vestígios do tempo verdadeiramente trabalhado e excedente dos parâmetros máximos legais ou convencionais.

Quando a empresa controla os horários de trabalho, utiliza-se de mais de uma técnica entre as previstas pela lei ou pelos convênios coletivos, nesse sentido dispondo o art. 74 da CLT a dispensa automática de qualquer controle nos estabelecimentos com até 10 empregados, a obrigatoriedade do registro de horário nos estabelecimentos com número maior de empregados, os meios de registro dos horários, que são o manual, o mecânico e o eletrônico, a pré-assinalação dos horários de intervalo e a ficha ou papeleta de assinalação dos horários quando os serviços forem externos.

A marcação mais antiga e cada vez mais em desuso é o *cartão de ponto de papelão,* que poucas garantias de exatidão oferece, porque assinalado manualmente pelo empregador, nem sempre com a exata marcação dos verdadeiros horários de começo e fim do trabalho, algumas vezes com exatidão invariável — das 8 às 12, das 14 às 18 —, como se fosse possível o empregado, durante todos os anos, começar e terminar rigorosamente o trabalho no exato horário assinalado, expediente que a Justiça do Trabalho recebe com reservas.

Com o avanço da tecnologia, surgiu o relógio-ponto, também por meio de um cartão, mas com marcação registrada automaticamente pelo relógio, que nela consigna os horários de modo mecânico, afastando, assim, a manipulação do empregador, mas não evitando, em alguns casos, o sistema *marca-retorna,* no qual empregados são orientados a registrar o horário de saída no relógio, mas continuam no estabelecimento, fazendo horas extras não registradas e não pagas.

Mais aperfeiçoado é o *registro eletrônico*. Há dois sistemas de ponto eletrônico: por cartão e por digitação; em ambos com marcação pelo próprio empregado, neste pelo terminal nas agências ou via Internet, caso em que cada empregado tem uma senha para entrar no sistema. A tela mostrará os horários diários por ele registrados. Os dados registrados são também impressos; nos dias em que o empregado não registrar todos os horários contratuais, abre-se um código de ocorrências. Há um fechamento periódico — por exemplo mensal — que permite a conferência pelo empregado, o esclarecimento de eventuais dúvidas e sua assinatura de concordância com o que registrou. O

arquivamento dos dados serve para elucidações à Fiscalização Trabalhista, questões na Justiça do Trabalho e levantamentos das auditorias internas e externas. Se o empregado é exercente de serviços externos, há um registro auxiliar para essas jornadas fora do estabelecimento e que ficará, nos horários de serviço, em poder do empregado. A empresa mantém memorial descritivo do sistema e suas especificações, que, se questionado em processo judicial sobre dúvidas quanto à sua eficiência, ensejará uma perícia técnica. É autorizado pela CLT, art. 74, § 2º, com a alteração introduzida pela Lei n. 7.855/89, e pelas Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego. A Portaria n. 1.120, de 1995, autoriza os empregadores à adoção de sistemas alternativos de controle, desde que por convenção ou acordo coletivo. Nesse sentido é o Precedente Administrativo n. 23 da Fiscalização Trabalhista. A Portaria n. 3.626, de 1991, art. 13, dispensa a empresa de adotar registros eletrônicos individualizados de controle de horário de trabalho, contendo a hora de entrada e saída, bem como a pré-assinalação do período de repouso ou alimentação, do uso de quadro de horário (art. 74 da CLT). Essa prática não tem sido rejeitada pelos Tribunais do Trabalho (TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DC 71.3007, 2000, Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal, *DJ*, 23 fev. 2001; TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DC 712.984, 2000, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, *DJ,* 7 dez. 2000). No Dissídio Coletivo n. 636, entre CONTEC e Banco do Brasil, o TST julgou válido o ponto eletrônico. O sistema de ponto eletrônico está em consonância com a legislação e as instruções do MTE e é plenamente justificado como incorporação da tecnologia para o aperfeiçoamento dos mecanismos de documentação das relações de trabalho e o progresso econômico do País.

Novo avanço tecnológico se dá com o registrador eletrônico móvel. O que a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas rechaça veementemente em qualquer formato de marcação do ponto, seja ela manual, mecânica ou eletrônica, é a figura de um preposto do empregador apontador, ou seja, quem registra o ponto não é o próprio empregado, mas um terceiro responsável pela anotação.

É mecanismo de marcação do ponto pelo próprio trabalhador mediante a impressão imediata de comprovante do horário marcado. Evidente que, por se tratar de um equipamento móvel, nenhuma ilega-

lidade existe na presença de um portador e não apontador do aparelho. Não se trata de uma pessoa interposta, mas de pessoa portadora e transportadora do aparelho. A mobilidade do equipamento não gera vedação do acesso do empregado ao registro de sua jornada de ponto, mas, pelo contrário, propicia sua aproximação do empregado de maneira mais rápida e confortável.

O quadro de horário não é uma forma de controle do tempo de serviço, mas uma comprovação de que a empresa tem horários estabelecidos para os empregados com horários normais e para os empregados não sujeitos a marcação de ponto.

9. Ônus da prova do tempo de serviço

A questão está diretamente relacionada com as horas extraordinárias e tem a principal finalidade de evidenciar se foram prestadas e em que dimensão. A regra tradicional do ônus da prova atribuído àquele que alega tem sido modificada, tendo em vista a posição inferior do empregado na relação de emprego e a maior facilidade do empregador em se aparelhar para fazer a prova dos fatos, o que influiu, também, na prova do tempo trabalhado, que tem nos meios de marcação acima indicados o seu instrumento normal.

Na prática das audiências é comum a exigência da apresentação das marcações do tempo do trabalho pelas empresas, sob a presunção de que, não existindo, cabe-lhe o ônus da prova da inexistência das horas extraordinárias.

10. Política de redução do tempo de serviço

Os sindicatos de trabalhadores propugnam pela redução da jornada semanal de trabalho que, na América Latina, é em média de 48 horas — em quatro países, de 44 horas —, na Europa, por volta de 40 ou 36 horas, o que mostra uma tendência, dos países desenvolvidos, que resulta da combinação entre a lei e as convenções coletivas de trabalho, estas completando aquelas, e da correspondente redução — o que corresponde a uma diminuição do salário semanal diante da carga de trabalho — ou não —, o que traz como efeito um aumento no salário-hora.

Essa redução é apontada como uma tentativa de aumentar a oferta de empregos que resultaria da necessidade de contratar funcionários para cobrir o tempo reduzido de produção, apresentando-se, assim, como mecanismo de política de emprego e de ampliação horizontal do mercado de trabalho.

A experiência mais divulgada é a da França, apesar de outras anteriores. Mas não trouxe bons resultados para a criação de novos postos de trabalho nem para a economia do país. O disposto na lei das 36 horas semanais tornou-se sem efeito quando lei posterior, embora mantendo esse módulo semanal, permite que por convenção coletiva seja modificado (Lei 2008-789). A União Europeia aprovou a Recomendação n. 547, de 1975, que se refere à semana de 40 horas; a Diretiva n. 93/104 dispõe sobre a duração média do trabalho semanal não superior a 48 horas, incluídas as horas extraordinárias, mas outras alternativas foram também analisadas, como a duração das férias, o trabalho nos domingos, que também se refere ao tempo de trabalho, os intervalos de jornadas e a jornada noturna.

Paralelamente, como assinala Tiziano Treu, no artigo "La flexibilidad laboral en Europa" (*Revista Internacional do Trabalho*, v. 112, n. 2), foram suprimidos da legislação tradicional certos fatores de rigidez com a introdução da jornada a tempo parcial, a compensação anual de horas e os descansos obrigatórios.

A França optou pela introdução de um sistema que combina lei e acordos coletivos. A lei estabeleceu a adoção, pelas empresas, gradativamente, de uma jornada *média anual* semanal não superior a 36 horas, com exceções para diversos casos, e os acordos coletivos puderam flexibilizar os limites legais porque lhes foi permitido, completando a lei, estipular o sistema de compensação anual para permitir à empresa ultrapassar esse limite em uma semana, deduzindo o excesso em outra ou outras semanas. Os objetivos da lei foram aumentar a competitividade das empresas e diminuir o desemprego, mas as metas visadas não foram totalmente atingidas, embora certa redução de desemprego fosse revelada pelas pesquisas.

Na perspectiva dos trabalhadores, a medida traz vantagens, desde que o valor total dos salários venha a ser mantido; porém, sob a ótica empresarial, sem a redução salarial correspondente ao tempo diminu-

ído, surgiram novos problemas para manutenção da eficácia econômica, a necessidade de redução da mão de obra ou a automatização de parte do trabalho, objetivo exatamente oposto ao da lei.

A redução da jornada extraordinária e não a redução da jornada normal de trabalho poderia já, de algum modo, atender, em parte, às exigências dos sindicatos, com a limitação do número máximo semanal ou mensal de horas extras.

§ 48. Descanso semanal remunerado e nos feriados

Sumário: 1. Origens. 2. Desenvolvimento da legislação. 3. Sistema legal.

1. Origens

O repouso semanal é ideia que pertence à História.

Uma tradição de índole religiosa, dos hebreus, os levava a descansar nos sábados. Segundo as Escrituras Sagradas, Deus, ao criar o mundo, repousou no sétimo dia.

Em Moisés já é encontrada a determinação do descanso semanal: "Guarda o dia de sábado, para o santificar, como te ordenou o Senhor teu Deus". "Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra." "Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não farás nenhuma obra nele, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu boi, nem o teu jumento, nem animal algum teu, nem o estrangeiro que está dentro de tuas portas: para que o teu servo e tua serva descansem como tu."

O descanso nos sábados subsistiu entre os hebreus e primeiros cristãos, pelo menos até a morte de Cristo, e a partir dessa época a celebração dos sábados, proveniente da voz hebraica *sabbath*, que significa *descanso*, foi substituída pela Igreja Católica pelo descanso no *domingo*, do latim *dies domini*, que quer dizer celebrar o dia do Senhor para recordar a Ressurreição de Jesus Cristo, ocorrida num domingo.

O primeiro preceito civil que reconhece o descanso dominical provém, segundo os historiadores, do Imperador Constantino, no ano

de 321, ao proibir, nos domingos, toda e qualquer espécie de trabalho, exceto as atividades agrícolas. Seguiram-se os decretos de Arcádio e Honório, imperadores do Oriente e Ocidente, e o de Teodósio II, o primeiro datado de 27 de agosto de 399.

O Concílio de Laodiceia, reunido na segunda metade do século IV, em 366, determinou, em seu cânon 29, que os cristãos deveriam trabalhar nos sábados, preferindo o domingo para repouso.

Assim, foi de origem religiosa o costume sancionado pelas legislações.

Os costumes religiosos foram recolhidos pelas legislações civis. Desde 1877 a Suíça instituiu obrigatoriamente o descanso dominical. O Código Industrial da Alemanha, de 1891, também. A Áustria, em 1898, a Rússia, em 1897, a Espanha, em 1904, a Dinamarca, em 1904, a Bélgica, em 1905, a Argentina, em 1905, a França, que desde 1892 estabelecera a obrigatoriedade do descanso de mulheres e menores, em 1906 estendeu a medida aos trabalhadores adultos, a Itália, em 1907, Portugal, em 1911, os Estados Unidos em épocas sucessivas por meio de diferentes leis estaduais etc.

Em 1876 foi fundada a *Federação Internacional para a Observância do Descanso Dominical*; diversos congressos realizaram-se com idêntico objetivo, entre os quais os de Berna (1879), Paris (1881), Bruxelas (1885), Milão (1906), Frankfurt (1907), Edimburgo (1908), Genebra (1911) e Oakland (1915).

O Tratado de Versailles incluiu entre os princípios gerais "a adoção de um repouso hebdomadário de 24 horas no mínimo, que deverá compreender o domingo, sempre que possível".

A Conferência Internacional da OIT, reunida em Genebra, em 1921, aprovou a Convenção n. 14, dispondo, no art. 2º, que "todo pessoal empregado em qualquer empresa industrial, pública ou privada, ou em suas dependências, deverá desfrutar, no curso de cada período de sete dias, de um descanso que compreenda como mínimo 24 horas consecutivas. Esse descanso será concedido ao mesmo tempo, sempre que possível, a todo pessoal de cada empresa. O descanso coincidirá, sempre que seja possível, com os dias consagrados pela tradição ou os costumes do país ou da religião".

2. Desenvolvimento da legislação

No Brasil, as primeiras leis foram esparsas, para determinadas categorias profissionais, reunidas em 1940 num diploma que as incorporou, o Decreto-lei n. 2.308, que, dispondo sobre a jornada diária, estabeleceu normas sobre descanso semanal. A CLT (1943) reproduziu essas normas. Em 1949 a Lei n. 605, regulamentada pelo Decreto n. 27.048, dispôs especificamente sobre a matéria, disciplinando-a de modo sistemático. O direito ao repouso semanal foi garantido em nível constitucional a partir de 1934.

3. Sistema legal

O direito ao repouso semanal remunerado e nos feriados é garantido pela Constituição Federal (art. 7º, XV) a todo empregado. Os avulsos também são protegidos. Será de 24 horas consecutivas.

Há o sistema geral, aplicável a todo empregado, e sistemas especiais aplicáveis a determinados tipos de empregados. Exemplifique-se o segundo caso com a Lei n. 11.603, de 5 de dezembro de 2007, pela qual foi autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, I, da Constituição Federal, e a coincidência do repouso semanal, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva, tendo como pressuposto a negociação coletiva.

O salário do repouso pode ser descontado quando o empregado não tiver frequência integral na semana. Os horistas não tinham direito à remuneração dos repousos antes de 1969, de modo que só ganhavam as horas trabalhadas, enquanto os mensalistas descansavam sem descontos no salário mensal. Esses motivos levaram intérpretes a dizer que o mensalista tinha direito adquirido de não sofrer descontos em sua remuneração, decorrentes de faltas no serviço. Contesta-se, como parece certo, essa tese. A lei é aplicável tanto a mensalistas como a horistas, ambos atingidos por suas cominações.

Há empresas autorizadas pelo Estado a funcionar em feriados e domingos. Os empregados que prestarem serviços nos domingos terão

direito a uma folga compensatória semanal. Quanto ao trabalho nos feriados, haverá folga compensatória ou pagamento da remuneração em dobro.

A conversão da folga em remuneração em dobro só é permitida quanto aos feriados. A folga semanal é de concessão imperativa, insubstituível, porque decorre de preceito constitucional. A lei ordinária não poderia, nem o faz autorizar a conversão da folga semanal em pagamento em dobro. Só o faz quanto aos feriados.

O descanso semanal classifica-se, quanto à sua duração, em descanso de *um dia*, o mais comum; de *um dia e meio*, a semana inglesa na qual a folga começa com o período da tarde do sábado; e de *dois dias*, por ampliação legal, de que é exemplo o descanso dos bancários, ou convencional, quando a empresa não funciona também nos sábados.

No cálculo da remuneração dos repousos são computados todos os pagamentos de natureza salarial, inclusive adicionais salariais, ordenando a Lei n. 605, de 1949, o cômputo das horas extraordinárias habituais.

Os empregados vendedores, além das comissões, têm direito à remuneração do repouso, e o fundamento é constitucional, uma vez que o modo de remuneração não retira do empregado o mesmo direito ao descanso com a percepção do salário que ganharia caso em atividade (STST n. 27).

O empregado tem direito ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, por força do disposto na Constituição Federal, art. 7º, XV, que declara: "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". A Lei n. 605, de 1949, reafirma esse direito (art. 1º) e declara: "Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferencialmente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local".

A regulamentação da lei deu-se por meio do Decreto n. 27.048, de 1949, que segue as mesmas disposições contidas na legislação, acrescentando (art. 6º): "Excetuados os casos em que a execução dos serviços for imposta pelas exigências técnicas das empresas, é vedado o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º, garantida, entretanto, a remuneração respectiva". Como se observa, o decreto

veda o trabalho sem folga semanal, assegura a remuneração do repouso, mas não enfrenta, a exemplo das demais normas, o problema da sobreposição.

A lei não permite a conversão do repouso semanal em pagamento substitutivo, uma vez que o direito do empregado é o de, efetivamente, gozar a folga semanal, no domingo ou em outro dia da semana. A conversão permitida é a dos feriados, nos termos do disposto na mesma lei, art. 9º, *in verbis*: "Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga". Essa regra, como se vê, é aplicável aos feriados. Não há a mesma faculdade quanto à folga semanal, daí a inconversibilidade. Todavia, diante de situações nas quais, embora irregularmente, o empregado trabalha nos domingos e a empresa não lhe concede folga compensatória, a jurisprudência fixou-se no sentido do ressarcimento pelo trabalho prestado, com o mesmo critério dos feriados. A STST n. 146 dispõe que o trabalho prestado em domingos e feriados não compensados deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

Foram aprovados pelo TST os Precedentes n. 43, sobre adicional de horas extraordinárias, e n. 87, sobre remuneração em dobro do trabalho em domingos e feriados, não compensados, sem prejuízo do repouso remunerado. Esses Precedentes não dispõem que as horas do repouso semanal são remuneradas como extraordinárias mais a remuneração em dobro do repouso. No entanto, se o empregado fizer horas extras habituais durante a semana, a base de cálculo para a remuneração do repouso semanal as incluirá. Inicialmente, a lei as excluía. Todavia, foi alterada (art. 7º da Lei n. 605) para o efeito de inclusão das horas extras habituais da semana na remuneração do descanso semanal.

Como se vê, há aspectos diferentes, embora próximos. Primeiro, saber se quando o empregado faz horas extras habituais durante a semana a remuneração do descanso deve, pela média física, incorporá-las, e a resposta é afirmativa. Segundo, saber se quando o empregado trabalha sem folga compensatória receberá a remuneração do repouso

semanal — já acrescida das horas extras se habituais na semana precedente — mais o adicional de horas extraordinárias. Terceiro, saber se, trabalhando mais do que 8 horas — se essa for a sua jornada normal diária — no domingo sem folga compensatória, pelas horas excedentes de 8, o empregado terá direito também ao adicional de horas extraordinárias, e a resposta é afirmativa.

Na doutrina, desde os primeiros intérpretes, o entendimento segue a seguinte diretriz, como se vê em Elson G. Gottschalk (*A duração do trabalho*): "Mas, se o empregador não conceder o descanso *hebdomadário compensatório* e o empregado trabalhou no dia de domingo, qual a solução jurídica? O decreto não prevê a hipótese. Pensamos, porém, que, além da penalidade prevista, está o empregador sujeito ao pagamento em dobro, por analogia com o trabalho exigido nos feriados civis e religiosos não compensados". É a lição do Professor José Augusto Rodrigues Pinto, da Universidade Federal da Bahia (*Curso de direito individual do trabalho*): "Quando o empregador tiver utilizado o trabalho do empregado no dia destinado a seu repouso semanal remunerado e não determinar em semana subsequente a folga compensatória, pagará em dobro a respectiva remuneração".

A jurisprudência, que é escassa, distingue horas extraordinárias e horas de repouso trabalhado sem folga compensatória, como nestes primeiros acórdãos: "O trabalho executado nos dias destinados ao repouso semanal não se confunde com o trabalho extraordinário. Este é pago com adicional de 25%, enquanto que aquele é pago em dobro" (TRT, 12ª Reg., Proc. RO 1.219/84, 4-9-1985, Rel. Juiz Pedro Natali, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, João de Lima Teixeira Filho, Rio de Janeiro, 1985/1986, v. 5, ementa 4.200). "Determinar que as horas trabalhadas em domingos, pagos como extras, integrem o salário para pagamento de diferenças do próprio domingo, constitui *bis in idem*, mas não há ofensa ao art. 59 da CLT, como alegado" (TST, 1ª T., Proc. RR 3.216/80, Rel. Min. Guimarães Falcão, *DJ*, 13 nov. 1981). "Pediu o reclamante na inicial, entre outros direitos, a dobra de domingos trabalhados, e ainda a integração de horas extraordinárias nos repousos remunerados. Entendia a douta sentença que uma coisa excluía a outra: havendo dobra, não há como pretender incidência de horas extras nesse dia como se tivesse sido de repouso. Certa está a douta decisão. Se as horas extraordinárias integram o repouso, inexistindo

este, não há a integração. E o princípio que levou a fazê-las integrar o repouso é não deixar que exatamente nesse dia fosse menor a remuneração do que nos comuns. Percebendo o pagamento dobrado porque trabalhou o empregado em dia que não deveria fazê-lo, a empresa cumpriu a lei na parte que ela a isto a obriga, não podendo mesmo ser condenada a pagar o que inexistiu" (TRT, 1ª Reg., 1ª T., Proc. RO 839/79, julgado em 22-8-1979, Ac. n. 1.654/79, Rel. Juiz Teófilo Vianna Clementino, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, João de Lima Teixeira Filho, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979/1981, ementa 3.904). "Se o reclamante confessou que recebia o repouso remunerado, embora sob a rubrica de horas extras, não há por que repetir o pagamento" (TRT, 1ª Reg., Proc. RO 804/86, julgado em 3-9-1986, Rel. Juiz Arthur Seixas, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, João de Lima Teixeira Filho, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986/1988, ementa n. 4.524).

De outro lado, segundo a jurisprudência, quando há horas extras nos dias de repouso trabalhado, assim consideradas as excedentes da jornada normal diária, somente estas são devidas com a sobreposição, como nos seguintes casos: "O domingo trabalhado é pago em dobro se o empregado não goza, a seguir, de repouso compensatório. As horas extraordinárias de trabalho aos domingos serão pagas, as excedentes, independentemente do pagamento da dobra, à razão de 20% como adicional extraordinário e não em dobro também". Somente as horas excedentes das normais na jornada dominical trabalhada é que são, segundo o acórdão, extraordinárias. As normais foram consideradas horas de repouso semanal trabalhado (TRT, 1ª Reg., 1ª T., RO 2.831/83, 24-1-1984, in *CLT comentada*, Eduardo Gabriel Saad). "Se as horas anteriores à oitava, trabalhadas ao domingo, são pagas em dobro por força do determinado na Lei 605, com maioria de razão deverão ser retribuídas com acréscimo de 100% as horas excedentes de oito laboradas nesses dias" (TRT, 5ª Reg., 2ª T., Proc. RO 2.467/85, julgado em 14-11-1985, Rel. Juiz Pinho Pedreira, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, João de Lima Teixeira Filho). "As horas não excedentes da jornada normal de trabalho em domingos e feriados devem ser remuneradas em dobro e não como extras" (TRT, 9ª Reg., Proc. RO 125/84, Rel. Juiz Tobias Macedo, *BJ*, n. 5/84). "O domingo trabalhado é pago em dobro se o empregado não goza, a seguir, de repouso com-

pensatório. As horas extraordinárias de trabalho aos domingos serão pagas, as excedentes, independentemente do pagamento da dobra, à razão de 20% como adicional extraordinário e não em dobro também" (TRT, 1ª Reg., 1ª T., Proc. RO 2.831/83, julgado em 24-1-1984, Rel. Juiz Vianna Clementino, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, João de Lima Teixeira Filho). "Se o empregado trabalha horas extraordinárias nos dias de repouso, haverá da empregadora o valor em dobro desses dias mais as horas excedentes de oito, a 20% da hora normal" (TRT, 1ª Reg., 1ª T., Proc. RO 45.553/83, julgado em 21-2-1984, Rel. Juiz Vianna Clementino, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*).

Há decisões que, como a seguinte, consideram já remunerado o repouso semanal trabalhado quando a empresa o pagou como horas extraordinárias: "Embora paga a título de horas extras, restou evidente que a verba se destinava a remunerar os dias de repouso. Exclui-se portanto a parcela da condenação" (TST, 1ª T., RR 7.373/84, Rel. Min. Vieira de Mello, *DJ*, 19 dez. 1985). Há decisão igualmente ordenando o pagamento como horas extraordinárias, mas não sobrepõe o pagamento do triplo mais 100% de horas extras: "Se determinado por lei que o empregado descansará no sétimo dia e isso não acontecer, resulta no pagamento como extraordinário do dia do descanso trabalhado" (TST, 3ª T., RR 897/85, Rel. Min. Alves de Almeida, *DJ*, 6 dez. 1985).

Em conclusão, a lei, a doutrina e a jurisprudência não respaldam o pagamento do triplo mais horas extraordinárias pelo trabalho prestado nos domingos sem folga compensatória. A sobreposição só é devida quando o empregado, na folga semanal não compensada, presta serviços excedentes da jornada normal desse dia e somente estas horas excedentes são consideradas extraordinárias para o efeito da sobreposição.

§ 49. Férias

Sumário: 1. Definição e natureza. 2. Antecedentes históricos. 3. Classificação. 4. Efeitos da suspensão do trabalho. 5. Efeitos da extinção do contrato de trabalho. 6. Regras de duração, de remuneração e de prescrição. 7. Férias coletivas.

1. Definição e natureza

Por férias anuais remuneradas entende-se certo número de dias durante os quais, cada ano, o trabalhador que cumpriu certas condições de serviço suspende o trabalho sem prejuízo da remuneração habitual[1]. Gottschalk as define como "o direito do empregado de interromper o trabalho por iniciativa do empregador, durante um período variável em cada ano, sem perda da remuneração, cumpridas certas condições de tempo no ano anterior, a fim de atender aos deveres de restauração orgânica e de vida social"[2].

Porém, férias não são apenas direito, mas dever do empregado, tanto que a doutrina sustenta a irrenunciabilidade, pelo mesmo, das suas férias.

Difícil é definir sem conhecer a natureza jurídica do fenômeno que está sendo descrito. Existem definições segundo as quais as férias têm natureza jurídica de direito público subjetivo. Distancia-se bastan-

1. Gustavo Bachelier, *Les congés annuels payés*, Paris, 1937, p. 4 e 5.

2. *Férias anuais remuneradas*, São Paulo, Max Limonad, 1956.

te a doutrina atual da anterior, que considerava férias um *prêmio* concedido ao empregado, para recompensar a sua fidelidade.

Cesarino Júnior entende que a natureza jurídica das férias é dupla. Para o empregador é uma obrigação de fazer e de dar, isto é, consentir no afastamento do empregado e pagar-lhe o salário equivalente. Para o empregado é, ao mesmo tempo, um direito de exigir as obrigações a cargo do empregador e de se abster de trabalhar durante o período de férias. Wagner Giglio, em sua tese *Fundamentos e natureza jurídica das férias do trabalhador* (1976), sustenta que ao direito do empregado de gozar o descanso anual corresponde a obrigação do empregador de *não fazer*, consistente em abster-se de exigir a prestação de serviços. Concluiu que as férias constituem "um direito do trabalhador, o de não prestar os serviços contratados, ao qual corresponde uma única obrigação do empregador, a de não exigi-los".

O gozo das férias adquire cada vez mais características de compulsoriedade.

Nossa Constituição (1988) é literal nesse sentido: "art.7º, XVII — gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal". No texto está a estrutura tríplice da figura jurídica das férias e os seus três princípios, o *princípio da fruição*, o *princípio da anualidade* e o *princípio da sobrerremuneração*.

O primeiro para deixar claro que são as férias uma *obrigação de não fazer*, isto é, de não trabalhar, uma vez que devem ser gozadas e não substituídas por um pagamento em dinheiro, o que corresponde à sua finalidade de proporcionar ao empregado condições para descanso e recuperação, pelo lazer, das energias gastas com o trabalho. Para esse fim, além da proibição de trabalho durante as férias, outras medidas foram instituídas, como o pagamento antecipado da remuneração das férias e da metade do décimo terceiro salário, destinadas a proporcionar condições econômicas para o lazer.

O segundo para evidenciar a periodicidade com que as férias devem ser gozadas e que, segundo a lei, é o ano como premissa para a aquisição do direito e o outro ano seguinte como período máximo de concessão.

O terceiro para mostrar que o empregado em férias defronta-se com a elevação dos seus gastos para o lazer, o que justifica o acréscimo legal de um terço da sua remuneração normal.

Se as férias não são efetivamente gozadas, para que assim seja possível o descanso do trabalhador, e se este não dispuser de recursos econômicos para enfrentar os gastos com o lazer, as férias não atingirão os seus normais objetivos. A remuneração das férias e a metade do décimo terceiro salário por antecipação não são as únicas medidas previstas pela legislação, uma vez que é comum, nos contratos coletivos de trabalho, outras vantagens, como gratificações especiais de férias.

2. Antecedentes históricos

Mostra Arnaldo Süssekind[3] que coube à Inglaterra, em 1872, promulgar a primeira lei sobre férias para os operários das indústrias, seguindo-se-lhe Áustria (1919), Letônia (1922), Polônia (1922), Finlândia (1922), Tchecoslováquia (1925), Brasil (1925), Luxemburgo (1926) e Itália (*Carta del Lavoro*) (1927). Ressalta, também, que o Brasil foi o "segundo país a conceder o direito a férias anuais remuneradas a determinados grupos de trabalhadores" e "o sexto a estender esse direito a todos os empregados e operários de empresas privadas ao ser sancionada a Lei n. 4.582, de 24 de dezembro de 1925".

O Decreto n. 23.768, de 1934, exigiu a condição, considerada inconstitucional, com a Constituição de 1934, de sindicalização do trabalhador para o direito às férias.

A Convenção n. 52 da OIT (1936) foi ratificada pelo Brasil em 1938 e a CLT (1943) estende o direito a todos os trabalhadores.

O sistema legal foi aperfeiçoado com o Decreto-lei n. 1.535, de 13 de abril de 1977, elaborado pela Comissão de que Süssekind foi o presidente. Novas dimensões assumiu o tema com a aprovação, pelo Brasil, da Convenção n. 132, da Organização Internacional do Trabalho — OIT (Decreto Legislativo n. 47, de 23-9-1981), promulgada pelo nosso Governo (Decreto n. 3.197, de 5-10-1999, *DOU,* p. 192, de 6-10-1999) e depositado o Instrumento de Ratificação em 23 de setembro de 1998, passando a vigorar, em nosso país, em 23 de setembro de 1999. Suas diretrizes não podem afetar os preceitos constitucionais sobre a matéria. Dispõe o art. 5º, § 2º, da CF que os direitos e garantias

3. *Comentários à nova Lei de Férias*, São Paulo, LTr, 1977, p. 23.

expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Cabe ver se a Convenção n. 132 revogou ou derrogou a CLT.

A interpretação da Convenção n. 132 de Luisa Galantino, em *Diritto del lavoro* (2001), para o direito italiano, pode ser seguida em nosso ordenamento jurídico: "Porque a transformação do tratado internacional em direito interno advém em virtude de uma lei ordinária, deve-se entender que a norma internacional tem a mesma eficácia do ato que promove a sua execução e segue, portanto, a regra da sucessão da lei no tempo".

Em outras palavras, segundo essa interpretação, a conclusão a que se chega é que a Convenção n. 132 substituiu o nosso direito infraconstitucional interno. Caso se entenda que a Convenção da OIT não revogou a CLT, então estaremos diante de duas normas igualmente vigentes, e surgirá um conflito de normas a ser solucionado, no caso concreto, pela prevalência da que for mais benéfica para o trabalhador.

Mas essa interpretação leva a um segundo problema: saber se se aplicará o critério de determinação da teoria do conglobamento ou a teoria da acumulação. Se o critério for o da primeira, serão comparados os dois estatutos globalmente e o mais benéfico na sua totalidade prevalecerá. Se a diretriz for a da segunda, haverá o cotejo de cada artigo dispondo sobre determinada matéria, e o mais favorável ao trabalhador será aplicável. Nota-se, desde logo, a complexidade do tema. A se adotar o critério exposto por Galantino, a Convenção n. 132, como lei posterior, derrogou a lei anterior, no caso os dispositivos de férias da CLT, no que com estes conflitarem, permanecendo em vigor aqueles que especificamente dispõem sobre outros temas não regulados pela Convenção da OIT.

A Constituição da Organização Internacional do Trabalho — OIT, 19, 8, declara que "em caso algum a adoção, pela Conferência de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados, condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação".

O princípio visa evitar que a norma internacional venha prejudicar o empregado. Assim, no caso de conflito entre a norma interna e a internacional, a prevalência será da norma mais benéfica para o trabalhador. Esta é a regra que deve ser observada. A favorabilidade será aferida segundo a teoria do conglobamento ou da acumulação? Nesse ponto, não há critério definido pela OIT. A doutrina é divergente e é maior o subjetivismo do intérprete, quando definirá se a legislação sobre férias como um todo é mais benéfica ou não do que a Convenção n. 132. Esses aspectos nos levam a concluir que o critério melhor será o da favorabilidade *in concreto* diante de cada instituto das férias.

3. Classificação

As férias, em nosso ordenamento, classificam-se: a) quanto ao *número de empregados*, em individuais e coletivas; b) quanto ao *vencimento do período aquisitivo*, em férias vencidas e proporcionais; c) quanto à *duração*, em férias de 30, 24, 18 ou 12 dias, conforme o número de faltas injustificadas no período aquisitivo; d) quanto à *remuneração*, em simples ou em dobro; e) quanto à *utilização*, em integral e fracionada, esta quando dividida em mais de um período, um dos quais não poderá ser inferior a 10 dias; f) quanto ao *regime jurídico*, em geral, aplicável a todo empregado, e especial, aplicável a uma categoria (ex., marítimos); g) quanto ao *direito de ação*, em férias prescritas e não prescritas, aquelas as reclamadas após o prazo de 5 anos contados a partir do fim do período aquisitivo. Como se vê, há diversos aspectos a serem examinados no estudo das férias, cada qual apresentando ângulos de estudo dos mais interessantes.

4. Efeitos da suspensão do trabalho

A suspensão do trabalho, segundo a nossa legislação, pode influir de três modos sobre as férias.

Há suspensões que fulminam o direito, fazendo-o desaparecer, caso em que, após o retorno do empregado ao trabalho, inicia-se a contagem de novo período aquisitivo. É o que ocorre no caso de percepção de auxílio-doença ou de auxílio-acidentário por mais de 6 meses, paralisação da empresa, total ou parcial, por mais de 30 dias,

e licença por mais de 30 dias com percepção de salário. Quanto a esta última hipótese, a licença remunerada, observa Süssekind que, aludindo à "percepção de salários", quis a lei que, durante o licenciamento, o empregado receba o seu *salário contratual*. Se a licença for deferida com *redução desse salário* ou *sem remuneração* alguma, não há que se cogitar da extinção do período aquisitivo. No primeiro caso, "o ciclo de 12 meses não sofrerá interrupção, sendo a ausência do empregado considerada justificada pelo próprio ato empresarial concessório da licença"[4]. A licença a que aqui se refere a lei é a deferida pelo empregador. Não se confunde com as suspensões previstas em lei nos casos de doença, acidente do trabalho e gestação.

Outras suspensões não atingem o direito, que fica mantido. É o caso do afastamento para o serviço militar. Após a liberação, e com o retorno do empregado ao serviço, prosseguirá o ciclo do período aquisitivo já iniciado, com o aproveitamento dos meses em que o empregado trabalhou antes do afastamento, desprezando-se os meses do afastamento e continuando a contagem com o reinício da atividade. O direito não é prejudicado também na suspensão do trabalho com a percepção de auxílio-doença ou de auxílio-acidentário por período de até 6 meses, casos nos quais nem sequer o fluxo do período aquisitivo é interrompido. O mesmo critério é aplicado aos casos de licença e paralisação da empresa de até 30 dias e de afastamento da gestante.

Há, ainda, suspensões do trabalho que podem ou não atingir o direito e também a duração das férias. As faltas ao serviço, se justificadas, não prejudicam o direito e a duração. Porém, se injustificadas, podem prejudicar o direito, se em número de mais de 32 no período aquisitivo, e a duração das férias, que ficará reduzida de acordo com o número dessas faltas (CLT, art. 130), se em número inferior ou igual a 32.

Essas regras devem ser confrontadas com as da Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, que prevê: "Toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Art. 3 acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas" (art. 4, 1).

---

4. *Comentários*, cit., p. 77.

Deve-se partir, para a solução da questão, da interpretação de outro preceito da mesma norma internacional: a duração mínima do período de serviço, que uma vez cumprido pelo empregado garante o seu direito às férias, não deverá em caso algum ultrapassar seis meses.

Os afastamentos do empregado, tendo em vista a aquisição do direito às férias, por força de licenças ou outros motivos, quer de ordem objetiva, assim considerados aqueles que se referem a causas geradas pela empresa, como a paralisação das atividades desta por mais de 30 dias — desde que ultrapassem seis meses —, quer de ordem subjetiva, assim qualificados os que decorrem de motivos pertinentes ao próprio empregado, como a licença por doença com a percepção de auxílio-doença pelo INSS que se prolongar por mais de seis meses, podem, segundo a nossa legislação, conforme a duração do afastamento, afetar o direito a férias, e, segundo a norma internacional, não afetam o direito às férias que serão proporcionais ao tempo que tiver sido trabalhado. Impõe-se rever, portanto, um tema: as férias proporcionais.

5. Efeitos da extinção do contrato de trabalho

Cessando o contrato de trabalho, quais serão os efeitos sobre as férias?

Há, em tese, direito do empregado ao pagamento do valor correspondente às férias. Porém, é preciso discriminar as férias vencidas das férias proporcionais.

Férias vencidas são as que se referem a período aquisitivo já completado e que não foram ainda concedidas ao empregado. Portanto, são as férias cujo direito o empregado adquiriu porque completou 12 meses de trabalho na empresa, mas que não gozou, porque o empregador, dispondo dos 12 meses seguintes para concedê-las, não as concedeu até a data da cessação do contrato de trabalho.

A regra geral é o direito do empregado ao pagamento do valor correspondente, em dobro ou simples. Em dobro quando já decorrido o período *concessivo*. Simples quando não decorrido o período *concessivo*. O dispositivo legal aplicável é o art. 146 da CLT: "Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias, cujo direito tenha adquirido".

Duas observações devem ser acrescidas.

A lei não diz, claramente, se o pagamento das férias vencidas, simples ou em dobro, será calculado sobre a remuneração percebida à data da cessação ou à data do fim do período concessivo. Porém, há uma norma que permite solucionar o caso, o art. 142 da CLT. Dispõe que "o empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão". Logo, férias não concedidas são férias com remuneração calculada na época da concessão. Portanto, se pagas em dinheiro, em decorrência do mesmo princípio de atualização, devem ser remuneradas com base no salário da época da rescisão.

A segunda observação é a de que as férias vencidas, constituindo-se em direito adquirido do empregado, não são afetadas, em nenhuma hipótese, pela causa da rescisão contratual. São devidas na dispensa com ou sem justa causa, tanto na aposentadoria como no pedido de demissão, tanto na dispensa indireta como no término do contrato a prazo, este, evidentemente, desde que com duração superior a um ano. Férias vencidas são sempre devidas e pagas.

Vejamos, agora, as *férias proporcionais*.

Essa denominação se refere, em nosso direito, ao pagamento em dinheiro na cessação do contrato de trabalho, pelo período aquisitivo não completado, em decorrência da rescisão. Terá o empregado o direito de receber um pagamento proporcional aos meses do período aquisitivo incompleto? Por exemplo, um empregado despedido com 2 anos e 3 meses terá direito às férias proporcionais dos 3 meses? Um empregado com 8 meses terá direito ao pagamento equivalente e proporcional?

A Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, trouxe inovações, prevalecendo nos aspectos que mais favorecem nossa lei, em especial quanto à proporcionalidade do direito às férias, cujo critério é o do tempo de serviço para o empregador e não, como dispõe a legislação brasileira, a causa da extinção do contrato de trabalho. Com isso, ampliou-se o direito dos trabalhadores às férias proporcionais, favorecidos, que foram, pela citada Convenção, não só nos casos de pedido de demissão como, também, de dispensa sem justa causa.

As férias proporcionais, segundo a regra internacional, são um direito de "toda pessoa empregada que tenha completado o período

mínimo de serviços que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção" e que será adquirido "em caso de cessação da relação empregatícia", e prestado sob a forma ou de "um período de férias remuneradas proporcional à duração do período de serviço pelo qual ela não gozou ainda tais férias ou a uma indenização compensatória ou a um crédito de férias equivalente" (art. 11).

Diversas são as questões que surgem com o confronto entre a norma internacional e a legislação interna brasileira.

Primeiro, difere o conceito de férias proporcionais da norma internacional e da CLT, ao dispor aquela que "um período mínimo de serviço poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais (art. 5, 1)".

Segundo, a regra internacional não esclarece se as férias proporcionais a que se refere constituem uma obrigação de pagar, caso em que haverá o pagamento em dinheiro correspondente à proporcionalidade, ou em obrigação de não fazer, isto é, de não trabalhar, caso em que haveria o gozo de férias vencidas com duração reduzida de acordo com a proporcionalidade, com o que ambas as formas são válidas.

Terceiro, porque, ao condicionar o direito às férias anuais remuneradas ao empregado que completar no mínimo seis meses, não é clara sobre se está se referindo a férias vencidas ou a férias proporcionais na forma que o direito brasileiro estabelece.

Quarto, ao dispor que um período mínimo de serviço poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais (art. 5, 1), dá a entender a norma internacional que se está referindo a férias vencidas que terão uma duração reduzida na conformidade dos afastamentos do empregado.

Quinto, ao declarar que esse período mínimo não poderá ser superior a seis meses, a regra internacional está negando o direito a férias proporcionais do empregado que não tiver trabalhado, no período aquisitivo, esse mínimo. Em outras palavras, só legitima o direito às férias anuais remuneradas quanto ao empregado que completar seis meses no período aquisitivo, mas, também, pode induzir à interpretação de que o direito às férias proporcionais no sentido costumeiro em nosso país — pagamento em dinheiro proporcional aos meses traba-

lhados no período aquisitivo incompleto — é adquirido ao ser completado esse tempo mínimo e não se constitui se o tempo é inferior.

Sexto, porque a regra internacional leva em conta o tempo que o empregado trabalhou, a este condicionando o direito às férias — seis meses —, e a lei brasileira, para férias vencidas, leva em conta o tempo trabalhado, que é o correspondente ao período aquisitivo — um ano —, mas quanto às férias proporcionais observa critério diferente, porque o direito dependerá da causa da extinção do contrato de trabalho e não do tempo trabalhado, independentemente da causa. O empregado despedido por justa causa perde, no direito interno, o direito às férias proporcionais, mas, segundo a norma internacional, se esse tempo for superior a seis meses, devidas serão as férias.

Sétimo, a Convenção n. 132 prevê uma figura desconhecida em nosso modelo, o *crédito de férias*, sem esclarecer detalhes, de modo que pode ser entendida como o direito do empregado de levar para outro emprego o restante de direito de férias que não obteve no emprego do qual saiu, questão, todavia, não resolvida pelo nosso direito.

A lei traçou um critério para empregados com mais de um ano de casa e outro para empregados com menos de um ano de casa.

Em se tratando de empregados com mais de um ano de casa, aplica-se o disposto no art. 146, parágrafo único, da CLT: "Na cessação do contrato de trabalho após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias".

O direito do empregado, nessas condições, é amplo. Sempre terá direito ao pagamento, salvo numa hipótese, única restrição da lei: a dispensa com justa causa. Assim, se o empregado cometer justa causa e for dispensado do serviço, o empregador não é obrigado a pagar-lhe as férias proporcionais. Mas, se pedir demissão, se for dispensado sem justa causa, se se aposentar etc., terá o direito.

O valor a ser pago é proporcional, correspondendo a 1/12 por mês do período aquisitivo. A fração superior a 14 dias é arredondada para mais 1/12, e a igual ou inferior é desprezada.

Para empregados com menos de um ano de casa, a norma aplicável é o art. 147 da CLT: "O empregado que for despedido sem justa causa ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior".

Nota-se que a hipótese se cinge aos empregados que não completaram um ano no mesmo emprego. O direito ao pagamento é assegurado em dois casos expressos no texto e não outros: dispensa sem justa causa e término de contrato a prazo. Nesses dois casos, o empregador terá que pagar as férias proporcionais. Como a lei não incluiu outras hipóteses, evidentemente as excluiu. Logo, o empregado com menos de um ano de casa não terá direito às férias proporcionais, quando pede demissão, quando despedido com justa causa e, prevalecendo o mesmo raciocínio, quando se aposentar, interpretação que nos parece a mais adequada.

Como se vê, diversas são as questões que comporta a regra internacional ao declarar que "cabe à autoridade competente e ao órgão apropriado do país interessado fixar a duração mínima de tal período de serviço, que não deverá em caso algum ultrapassar seis meses".

Pensamos que a Convenção n. 132, interpretada sob a perspectiva do *favor laboratoris*, e diante do efeito derrogatório do nosso sistema legal, exige a reformulação das diretrizes que vinham sendo aplicadas para que uma nova interpretação, resultante das duas normas interpenetradas, possa ser estabelecida.

Entendemos que o sistema agora é o seguinte:

— o empregado terá direito a férias vencidas anuais, não havendo, nesse ponto, divergência, e serão de 30 dias corridos, excluídos os dias feriados oficiais ou costumeiros;

— o fracionamento das férias deverá respeitar uma regra: nenhuma das frações deverá corresponder a menos de duas semanas;

— a ocasião do gozo das férias será determinada pelo empregador após consulta ao empregado ou seus representantes, a menos que seja fixada por regulamento, acordo coletivo, sentença judicial;

— as férias proporcionais são um direito do empregado qualquer que tenha sido a causa da rescisão contratual, inclusive nas dispensas

por justa causa, e serão indenizadas ou gozadas antes do desligamento do empregado no curso do período aquisitivo incompleto;

— é nula a renúncia às férias.

6. Regras de duração, de remuneração e de prescrição

As regras de duração das férias da Convenção n. 132 da OIT e da CLT não coincidem em três pontos. Primeiro, na forma da lei brasileira, as férias são em dias corridos, e na regra internacional da duração devem ser excluídos os feriados. Segundo, a duração das férias, na forma da CLT, é variável, sofrendo os efeitos das faltas injustificadas, mas, segundo a regra internacional, uma duração mínima deve ser observada. Terceiro, o fracionamento das férias tem critérios em nossa lei que diferem daqueles que a regra internacional estabelece. Quarto, há critérios dessemelhantes quanto à fixação da época em que as férias serão gozadas.

A duração das férias depende da assiduidade do empregado, sofrendo diminuição na proporção das suas faltas injustificadas. As férias serão gozadas em dias corridos. Assim, a duração das férias será de 30 dias, quando o empregado, durante o período aquisitivo, não tiver mais de 5 faltas injustificadas. Será de 24 dias para aquele que tiver de 6 a 14 faltas. De 18 dias para quem tiver de 15 a 23 faltas. De 12 dias no caso de 24 a 32 faltas. Com mais de 32 faltas injustificadas, o empregado não terá férias do período aquisitivo em questão. São faltas justificadas as legalmente previstas no art. 473 da CLT e as que não foram descontadas no salário. Os dias em que não houve serviço não são considerados falta. A lei veda ao empregador considerar como de férias dias em que o empregado tenha faltado.

Durante as férias a remuneração do empregado será a mesma, como se estivesse em serviço. Quando o salário for pago por hora, com jornadas variáveis, será calculada a média das horas trabalhadas no período aquisitivo, e sobre esse número aplicado o valor da remuneração horária. Se o salário é pago por produção, será calculada a média mensal de produção do período aquisitivo, e sobre esse número aplicado o valor unitário da peça ou produto. Se o salário for pago por comissão ou percentagem, apurar-se-á a média dos pagamentos dos 12

meses anteriores à concessão. Se o salário é pago parcialmente em utilidades, o valor destas será computado na remuneração, salvo se durante as férias o empregado continuar desfrutando da utilidade. Os adicionais salariais, como de horas extras, noturno etc., integram a remuneração das férias. Se na época das férias não houver mais pagamento de adicional, será tirada a média do período aquisitivo, com atualização dos percentuais dos reajustamentos salariais coletivos.

A Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XVII) trouxe duas inovações. Primeira, a ampliação em um terço da remuneração das férias, devida, como resulta do art. 142 da CLT, e do próprio texto constitucional, mesmo aos empregados que completaram o período aquisitivo antes da vigência da Constituição, uma vez que o empregado tem o direito de receber, nas férias, a mesma retribuição que perceberia se estivesse em serviço.

A Constituição tem efeito imediato sobre os atos jurídicos não completados, e as férias só se completam com a sua concessão. Esse acréscimo é calculado sobre a remuneração das férias segundo o conceito decorrente da jurisprudência; a Constituição utiliza as expressões "remuneração" e "salário", no mesmo texto, como sinônimas. Segunda, deixa claro que o direito do empregado é ao *gozo* de férias, com o que parece atritar-se com a Constituição o *abono de férias*, que é a conversão do direito de *gozar* em direito de *receber* um pagamento por transformação da obrigação; nesse caso, há razões de sobra para a declaração da inconstitucionalidade do abono de férias previsto na CLT (art. 143).

A prescrição das ações de férias é de 5 anos, porém, extinto o contrato de trabalho, se o empregado não reclamar em 2 anos os pagamentos a que tem direito, haverá prescrição total. A inércia do empregado, após a extinção do contrato, com a demora de reclamar, vai afetando as suas pretensões e reduzindo o quinquênio para parâmetros menores.

7. Férias coletivas

Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da em-

presa, permitido o fracionamento em até dois períodos anuais, desde que nenhum seja inferior a 10 dias. Necessária, no entanto, prévia comunicação à DRT e ao Sindicato de Trabalhadores, com antecedência mínima de 15 dias.

Surge um problema jurídico referente aos empregados admitidos há menos de 12 meses. Se as férias coletivas são de 30 dias, estarão gozando férias antes de completarem o período aquisitivo e sem direito à duração integral. A lei dispõe, apenas: "iniciar-se-á, terminadas as férias e em relação a esses empregados, novo período aquisitivo". Assim, entende-se que a empresa não poderá prejudicá-los, como ocorreria se descontasse a remuneração dos dias a mais que obtiveram. Ficaram, evidentemente, à disposição do empregador nos dias em que a empresa parou coletivamente e não podem perder o direito aos salários respectivos. Nem é viável a compensação desses com outros dias futuros de férias, à falta de autorização legal. O ônus é do empregador, a quem favorecem as férias coletivas.

§ 50. Salário

Sumário: 1. Fundamentos. 2. Pagamentos vinculados ao salário. 3. Pagamentos desvinculados do salário. 4. Equiparação salarial. 5. Salário mínimo. 6. Outros aspectos.

1. Fundamentos

Outro direito fundamental é o direito ao salário, e não há nenhuma impropriedade em estender essa denominação à contraprestação do trabalho a outros vínculos além das relações de emprego. Ressalvas podem ser feitas: o que se paga, por exemplo, a autônomos nem sempre tem o nome *salário*, mas honorários, e assim por diante. Mas salário, sob a perspectiva que está sendo examinada, de contraprestação do trabalho profissional, pode, perfeitamente, ser o nome atribuído ao que é a esse título pago no contrato de emprego, como em outros tipos de contratos de trabalho.

Ter um salário para prover às necessidades mínimas de subsistência é uma questão de dignidade do ser humano. O salário vital é um direito fundamental porque corresponde a uma renda mínima. Tendência, essa, necessária para que numa sociedade justa as pessoas desfavorecidas tenham um mínimo necessário que permita fazer frente aos gastos indispensáveis para a sua manutenção e da sua família. A ideia do salário mínimo tem por escopo o mesmo fim. Os estudos sobre o tema são desenvolvidos principalmente pela doutrina social da Igreja Católica, com a tese do *justo salário*, e pelo marxismo, com a tese da *mais-valia*.

O salário tem sido diferentemente avaliado.

A doutrina social da Igreja Católica valorizou os princípios do *salário vital e do justo salário*, que não se confundem, porque salário vital é o necessário para a satisfação das necessidades básicas da pessoa, como a alimentação, habitação, transporte e outras e a realização do direito do trabalhador; o salário vital expressa-se como níveis mínimos obrigatórios por lei ou convenções coletivas.

Salário justo não é o vital, é o efetivamente contraprestativo do valor do trabalho segundo um critério de justiça social e um princípio de equidade. As raízes históricas do princípio do salário justo são encontradas na reação do pensamento humano que seguiu à Revolução Industrial do século XVIII e o liberalismo filosófico, político e econômico da Revolução Francesa de 1789. Significa, na sua mais ampla expressão, um protesto e uma contestação contra a ordem trabalhista vigente e os conceitos de trabalho como mercadoria e salário como preço dessa mercadoria.

Na diretriz da proteção do salário incluam-se a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), as Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho e o constitucionalismo social do qual é exemplo a *Constituição Social*, a do México, de 1917 (art. 123).

O marxismo defendeu a ideia da *mais-valia* e alienação do trabalhador para significar que a remuneração — que é contraprestativa — não alcança os valores que seriam realmente correspondentes ao seu trabalho, permitindo a exploração do trabalho pelo capital, o que só poderia ser evitado com a supressão da propriedade privada e a instauração de uma sociedade sem classes, sem Estado e na qual a propriedade dos bens de produção tornar-se-ia comum, tese não confirmada pelos fatos.

A economia de mercado valoriza a *negociação coletiva dos valores salariais* como principal mecanismo de reajuste salarial na composição dos conflitos entre o capital e o trabalho.

A OIT recomenda aos países-membros a adoção de métodos de fixação dos salários mínimos mediante prévia consulta às organizações de trabalhadores e de empregadores, pelos governos, antes da decisão

sobre o seu valor. Os mesmos imperativos de economia de mercado influíram na transformação dos métodos de fixar o salário no contrato individual de trabalho, antes com base em unidade de tempo trabalhado ou à disposição do empregador, às vezes com base na produção ou nas tarefas, agora *flexíveis e variáveis*, com diversas condicionantes, como a eficiência e a produtividade do empregado.

Por fim, assinale-se a *participação do empregado nos lucros ou resultados da empresa*, forma paralela não salarial, para possibilitar a integração do empregado na empresa e a elevação do seu ganho por uma via complementar sem os encargos.

O salário depende de coordenadas econômicas. As ideias giram em torno da fixação de *mínimos ou pisos salariais* como critério geral e como diferenciações salariais em função das qualificações e aptidões pessoais. A negociação coletiva, em nosso país, tem cumprido um papel principal nos reajustes salariais contemporâneos após o período de indexação salarial do fim dos governos militares. Quando os sindicatos perceberam que os salários indexados entravam numa espiral sem fim, forçando elevação de preços, e estes, por sua vez, dos salários, verdadeira corrida sem fita para cruzar e pódio para subir, aceitaram a desindexação salarial introduzida pelo Plano Real. A negociação coletiva tem procurado atender às peculiaridades de cada setor ou empresa, promovendo uma diversificação salarial promovida pela autonomia coletiva para coadunar-se com as peculiaridades de uma categoria ou uma empresa.

Evidencia-se, assim, a importância da combinação de dois fatores: a interferência estatal para garantia dos mínimos valores salariais dos empregados, e a iniciativa privada para diversificar e permitir reajustes salariais acima dos mínimos. Portanto, o estudo do salário, sob a perspectiva da dignidade do ser humano, passa por diversas questões, como o valor mínimo que pode ser pago de salário e os reajustamentos periódicos para a sua atualização diante da inflação, seu aumento real, a proteção legal do salário e, também, a renda mínima, programa destinado às famílias de baixa renda, necessitadas da proteção do Estado, do qual recebem uma complementação para prover às necessidades vitais ou manter filhos menores na escola.

Tudo indica que as perspectivas apontam para a atribuição também de ganhos não salariais para os empregados, sob a forma participativa ou mediante a composição do quadro de vantagens com utilidades não salariais, como o transporte gratuito, as despesas de educação, de saúde, de seguros e outras com a finalidade de melhorar a condição pessoal e familiar do trabalhador por outras vias e não exclusiva ou prioritariamente a salarial.

2. Pagamentos vinculados ao salário

Que é salário? Trata-se de saber qual é a composição do salário.

Três conceitos são inconfundíveis, *salário, complementos salariais* e *atribuições não salariais;* o primeiro é o parâmetro dos cálculos nos contratos de trabalho, o segundo reúne pagamentos acessórios e não contínuos e por tal motivo não se incluem no salário, o terceiro refere-se a vantagens, bens ou serviços desvinculados dos salários.

Salário é a contraprestação fixa paga pelo empregador pelo tempo de trabalho prestado ou disponibilizado pelo empregado, calculada com base no tempo, na produção ou em ambos os critérios, periodicamente e de modo a caracterizar-se como o ganho habitual do trabalhador. Os complementos podem refletir sobre o salário ou não, dependendo da habitualidade, da frequência com que são pagos, não importando, para esse fim, a variabilidade dos seus valores, pois este não é o aspecto principal, mas sim a constância do pagamento em intervalos curtos.

Existem complementos salariais que podem inserir-se no salário, como as comissões, quando são a única forma de remuneração do trabalho de alguns empregados em especial de vendedores. Nesse caso, o salário é variável em função do número maior ou menor de vendas. A variabilidade não descaracteriza o salário. É irrelevante. A característica principal do salário é a pendularização, a reiteração, a constância do pagamento contraprestativo do trabalho. A regra geral que separa salário de complemento salarial é a continuidade de pagamentos no curso do contrato de trabalho, a periodicidade com que o pagamento se faz e não a variabilidade do seu valor, nem mesmo o nome de uma atribuição patrimonial e a finalidade do pagamento, fator que também pode influir.

Assim, como nas obrigações em geral há o principal e o acessório, o salário também é constituído de uma parte principal e de outra acessória ou complementar, e não há uniformidade nas denominações de cada uma das duas partes que, no Brasil,como foi visto, são *salário* e *remuneração*. É a parte principal da totalidade das percepções econômicas do empregado. Nela não se incluem os complementos salariais. Incluem-se, no entanto, as formas regulares habituais e periódicas, independentemente do nome que lhes são atribuídos. É salário toda retribuição que possa ser forma única de ganho do trabalhador. É salário aquele fixado por hora, dia, semana ou mês. Assim, o seu conceito vincula-se ao de obrigação principal. Estão excluídas as obrigações acessórias. Diferem, também, salário e meios de pagamento dos salários que são dinheiro, cheque ou depósito bancário e utilidades, mas estes são indicativos daquele quando no contrato de trabalho reiteram-se sucessivamente no tempo de modo a fazer parte do ganho habitual e frequente do empregado.

Como se vê, a adoção do conceito de salário é associada à noção de salário regular, normal, periódico, portanto a obrigação salarial principal. É um conceito útil na medida em que sobre essa parte nuclear do salário são efetuados cálculos para apuração dos valores das parcelas acessórias ou complementares e em razão da qual são asseguradas garantias jurídicas destinadas à sua preservação tendo em vista a concepção subjetiva do salário e sua função alimentar. Se o adicional de horas extras é incluído no cálculo do salário-hora do empregado será salário, não diferente daquele que remunera horas normais apenas com um valor mais elevado.

Quando os complementos salariais integram o salário pela sua constância isso não quer dizer que a inserção é definitiva, porque os complementos são condicionados a uma causa que enquanto existir os manterá. Porém, cessada a causa, cessam os seus efeitos. Se o empregado deixa de prestar horas extras não as receberá mais, como é evidente.

Destacaremos os temas que nos parecem mais importantes para a compreensão do tema:

a) o princípio da continuidade do pagamento atua de dois modos, para determinar entre os pagamentos efetuados pelo empregador ao

empregado no contrato de trabalho aqueles que integram ou que ultrapassam os limites da noção de salário e para fundamentar a continuidade da obrigação de pagar salários em alguns períodos nos quais o empregado não executa as suas funções por estar licenciado ou afastado do emprego;

b) é difícil dizer que um pagamento é salário apenas pelo seu nome, pois nesse caso estaria aberta a porta para a fraude, porque, além de não ser um critério razoável, bastaria ao empregador dar outra denominação a um pagamento para retirar-lhe os efeitos próprios do salário em prejuízo do empregado;

c) salário é um pagamento periódico e contínuo que, por ter essa característica, torna-se um meio indispensável para que o trabalhador faça frente aos gastos sucessivos destinados à sua subsistência, e não é salário o pagamento sem essa correspondência jurídica como o pagamento eventual e esporádico; pode-se, nesse sentido, dizer que salário é um ato jurídico de trato sucessivo, da mesma forma que o é a própria relação de emprego que lhe dá origem; a continuidade mais se evidencia diante da periodicidade mensal do pagamento, embora possa, por exceção, haver salário pago em períodos maiores por expressa disposição de lei; se pago em períodos menores acentua-se mais ainda a sua natureza salarial;

d) salário é a contraprestação do trabalho (CLT, art. 457); contraprestação do trabalho tem um sentido patrimonialístico de troca entre algo que o empregado dá ao empregador, a sua energia física e intelectual, e o que o empregador dá ao empregado por força dessa energia que lhe foi disponibilizada pelo trabalhador, e é patrimonialística toda atribuição que tenha um valor econômico para o empregado, com certas limitações da lei, além do dinheiro, que é o modo principal de pagamento, mas também a atribuição de bens e de serviços;

e) que é contraprestação pelo salário? Há três propostas: o trabalho prestado, este e também a disponibilidade do trabalhador; o contrato de trabalho, daí três teorias: o salário como contraprestação do trabalho, o salário como contraprestação da disponibilidade do trabalhador e o salário como contraprestação do contrato de trabalho, não contrapostas, mas complementares, integrativas na medida em que focalizam ângulos isolados de um mesmo fenômeno;

f) imperativos de natureza social levam o legislador a obrigar o empregador a manter o salário em algumas situações nas quais o empregado não presta o trabalho e não obstante tem o direito de continuar percebendo os mesmos salários como se estivesse em serviço;

g) ao pagamento do salário é aplicável o princípio da pós-remuneração, o que significa que se trata de uma obrigação cumprida depois de recebida a que incumbe à parte contrária, o trabalho prestado, mas o pagamento não é imediato, é periódico, depois de certo tempo; assim, a periodicidade é decorrência do princípio da pós-remuneração, e ambos se inserem na estrutura do pagamento.

3. Pagamentos desvinculados do salário

O que *não* é salário? Em outras palavras, quais os tipos de pagamentos que não entram na sua composição?

Nem tudo que é pago ao empregado no contrato individual de trabalho é salário, e determinar exatamente quais os limites entre as duas esferas, a dos pagamentos salariais e a dos pagamentos não salariais, é uma exigência dogmática que deve ser resolvida com base em conceitos técnicos e não com generalizações que acabam destruindo uma construção jurídica que vem de longo tempo e que tem por base o princípio do salário como a contraprestação do trabalho.

É possível, em liguagem jurídica, falar em obrigações sem natureza salarial.

É o que passa a ser visto.

a) no contrato individual do trabalho, sem causa salarial porque a sua causa ou finalidade é outra, são os seguintes pagamentos: indenizações, ressarcimento de gastos para o exercício da atividade, participação nos lucros ou resultados, atribuições assistenciais, planos médicos, complementações previdenciárias, programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho, treinamento profissional, abono de férias não excedente a 20 dias, clubes de lazer, escola gratuita para filhos do empregado, seguros, opção de compras de ações, uso de veículo indispensável para o exercício da função, habitação indispensável para o exercício da função, plantação *intercalar rural*; é ilimitada a série de obrigações sem natureza salarial, e há casos em que a natureza jurídica da vantagem é discutível como cartões de crédito e prêmios;

b) mas é certo que uma obrigação não tem natureza salarial quando não é correlativa ao trabalho prestado, ao trabalho disponível ou quando a natureza salarial decorre de imposição normativa;

c) a interpretação monística de que tudo é salário, sem qualquer aprofundamento da indagação para distinguir o que é e o que não é salário, está fazendo com que se repita a história do aprendiz do feiticeiro: a visão totalizante passou a atuar como força contrária ao salário e desestimulante da sua ampliação;

d) preferimos centralizar o tema na ideia nuclear que é a continuidade do pagamento, a destinação contraprestativa do trabalho, e a inexistência de causa diversa.

4. Equiparação salarial

O tema comporta uma introdução. Na economia liberal do século XIX, o salário, considerado como o preço de uma mercadoria, era estabelecido segundo a lei da oferta e da procura, sem nenhum controle do Estado, diretamente pelos interessados. Em decorrência dessa liberdade contratual sem limitações, os empregadores, impondo as suas condições, criaram situações de discriminação entre trabalhadores. O trabalho feminino foi remunerado em taxas bastante inferiores àquelas atribuídas aos homens, em média 50% menos, na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos etc. Do aproveitamento mais vantajoso das mulheres, porque menores eram os custos da mão de obra, resultou um problema social, agravando-se uma crise de desemprego. Por tal razão, difundiu-se a ideia da necessidade de coibir os abusos e proibir a desigualdade salarial, principalmente entre homens e mulheres, mas também entre os homens que prestassem serviços de natureza igual.

A igualdade salarial passou a ser uma reivindicação que os trabalhadores levaram às ruas, proclamando a necessidade de medidas para evitar as disparidades salariais. A tal ponto ecoaram as manifestações que, em 1919, o Tratado de Versailles passou a consagrar, entre outros, o seguinte princípio: "O princípio de salário igual, sem distinção de sexo, para trabalhos de igual valor". Como observa José Martins Catharino, nota-se, no Tratado, o propósito de coibir a exploração do trabalho feminino e o cuidado de não permitir a desigualdade de tratamento.

No plano internacional, além da Carta das Nações Unidas, de 1948, a OIT adotou, na Conferência de 6 de junho de 1951, a Convenção n. 100, concernente à igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e a feminina pelo trabalho de igual valor. A Convenção considera remuneração o salário básico acrescido de todas as demais vantagens pagas, direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura*; afirma a conveniência de incentivar a aplicação do princípio, quer por meio das legislações nacionais ou métodos de fixação de salário reconhecidos pelas legislações nacionais, quer mediante convenções coletivas; recomenda a adoção de medidas para desenvolver a avaliação objetiva dos empregados e considera que, uma vez existentes diferenças salariais decorrentes dessas avaliações, não serão ofensivas ao princípio.

A igualdade ou isonomia salarial incorporou-se aos sistemas jurídicos de alguns países. No Brasil, a Constituição Federal de 1934, no art. 121, § 1º, *a*, dispunha: "Proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil". O princípio é desdobramento do princípio maior da igualdade de todos perante a lei e foi ampliado pelo legislador brasileiro, ao proibir a desigualdade de tratamento não só em razão do sexo ou nacionalidade, mas também por força de idade e estado civil. A Constituição de 1937 o omitiu, a de 1946 o restabeleceu, mantendo-o a de 1967, para ampliá-lo a de 1988 (art. 7º, XXX e XXXI), ao proibir "diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil", ou, ainda, por ser o trabalhador portador de deficiência.

Qual é o sistema legal do nosso país?

As regras de equiparação salarial resultantes dos arts. 7º da CF e 461 da CLT são as seguintes:

a) a equiparação é cabível entre empregados da mesma empresa e não entre empregados de empresas diferentes;

b) limita-se à mesma localidade, portanto não são equiparáveis empregados de localidades diferentes, ainda que da mesma empresa;

c) pressupõe empregados que exerçam a mesma função e que o façam com uma diferença de tempo de função não superior a dois anos;

d) só é viável entre empregados que tenham a mesma perfeição técnica, assim entendida a qualidade de serviço, e a mesma produtividade, isto é, quantidade de serviço.

Esses requisitos são concomitantes. A falta de um só invalida a equiparação.

A jurisprudência é sintetizada na STST n. 6, que fixa as seguintes diretrizes:

a) para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se apenas dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente;

b) para efeito de equiparação de salários, em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego;

c) equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm ou não a mesma denominação; é desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita;

d) a cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante;

e) presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior;

f) atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos;

g) é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial; na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de cinco anos que precedeu o ajuizamento;

h) o conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.

Empregados de filiais diferentes da mesma empresa podem ser equiparados? Não há orientação nitidamente definida em nosso direito, mas tem sido admitida a equiparação entre empregados da mesma empresa embora em filiais diferentes da mesma localidade. Na doutrina, Orlando Gomes entende que os empregados de filiais diferentes podem ser equiparados em seus salários. Divergem, no entanto, Russomano e Süssekind, este último frisando que a equiparação será procedida em relação a empregados que trabalhem nas diferentes unidades da mesma empresa.

A *simultaneidade na prestação de serviços* é, também, requisito para a equiparação salarial. Significa que a contemporaneidade no exercício das funções idênticas se faz imperiosa para que os salários sejam equiparados. Para alguns autores, basta que tal ocorra por ocasião do ajuizamento da ação, uma vez que pode a empresa, tão logo proposta a ação judicial, separar os trabalhadores de seção para fraudar o pedido de equiparação. Portanto, se quando da propositura da reclamação ambos os empregados exerciam idênticas funções, é o quanto basta, para alguns autores, a fim de que seja cumprida a exigência da simultaneidade. Orlando Gomes frisa que o mesmo trabalho, executado sucessivamente por dois trabalhadores, não obriga ao pagamento de salário igual. Para Russomano, embora a lei não se tenha referido a esse requisito, ele é considerado essencial.

A equiparação de salário pressupõe o confronto de produtividade, qualitativa e quantitativa, entre o que recebe mais e o que recebe menos. Esse confronto só será possível e correto uma vez que os empregados estejam em serviço, *simultaneamente.* Catharino observa que o empregado, para fazer jus à equiparação, deve estar trabalhando ao tempo em que aquele a quem se quer igualar também esteja. Essa restrição temporal está em sintonia com as limitações acolhidas por lei. Logo, o problema da equiparação salarial em cadeia é resolvido da seguinte maneira: a equiparação é o confronto das condições de trabalho e salariais do reclamante e o *primeiro paradigma da cadeia* e não com os paradigmas sucessivos.

Preenchidos os requisitos legais e doutrinários, o empregado equiparado terá direito ao mesmo salário do paradigma, excluídas as vantagens pessoais deste. O adicional por tempo de serviço é uma vantagem pessoal. Depende da antiguidade do paradigma no emprego e que pode ser maior. A diferença de tempo para equiparação é medida na função e não no emprego.

O direito do empregado equiparado será às diferenças vencidas não prescritas, além das vincendas, e aos reflexos dessas diferenças sobre os demais direitos, cujos pagamentos são calculados com base no salário, como 13º salário, remuneração das férias vencidas, remuneração do repouso semanal e dos feriados, recolhimentos do FGTS e recolhimentos de contribuições previdenciárias.

A STST n. 159 declara que, "enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará *jus* ao salário contratual do substituído", e que, "vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor".

Não há o direito quando a substituição é eventual, mas, apenas, em se tratando de substituições não eventuais, que se prolongam e que não são por alguns dias apenas. A substituição do chefe pelo subordinado durante as férias não é eventual. Se o chefe não comparece ao serviço em um ou alguns dias, a substituição será eventual.

As empresas podem dispor o pessoal em quadro, organizando uma carreira, com referências e padrões salariais, e com previsão de promoções, por antiguidade e merecimento. Não é obrigatório que o faça. No entanto, nada impede que, para melhor administração do regulamento interno, faça constar esse quadro. Incabível será a equiparação, quando o pessoal da empresa estiver organizado em quadro de carreira, com promoções alternadas, por merecimento e antiguidade.

Como frisa Süssekind, nesse caso, o maior salário decorre de promoção e não de arbítrio patronal. Também, com o quadro, o nivelamento salarial está aprioristicamente instituído, segundo os critérios de valor nele contidos. Assim, o empregado não poderá ajuizar reclamações pedindo equiparação salarial quando a sua empresa tiver quadro de carreira. Poderá, no entanto, postular judicialmente o enquadramento adequado, se sofrer lesões de direito.

Discute-se se o quadro de carreira deve ser homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Pronunciam-se pela negativa, entre outros, Sanvicente, Moura Brandão e Gomes Talarico, Catharino, Gavazonni Silva e Amaro Barreto, por entenderem que, no silêncio do art. 461 da CLT, impossível será essa exigência, embora recomendável a prévia aprovação do quadro pelos trabalhadores. No entanto, o art. 358 da CLT, quando trata da equiparação entre nacionais e estrangeiros, exige a aprovação do quadro pelo Ministério do Trabalho. E, segundo a STST n. 6, para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho. De outro lado, a STST n. 19 estabelece que "a Justiça do Trabalho é competente para apreciar reclamação de empregado que tenha por objeto direito fundado em quadro de carreira".

Segundo a orientação predominante, o quadro de carreira precisa ser homologado pelo Poder Público, sem o que não terá validade. Quando estiver homologado, não caberá aos trabalhadores invocar o art. 461 da CLT e pedir equiparações salariais. Poderão, no entanto, ajuizar reclamações que tenham por objeto direito fundado no quadro de carreira, quer quanto a enquadramento, quer quanto a promoção por antiguidade; mais difícil será essa possibilidade em se tratando de promoção por merecimento, a critério do empregador. Todavia, se do quadro constarem normas e se estas vierem a ser descumpridas, em nada será impossível a ação judicial para reparar eventual lesão do direito.

Note-se que há entendimento segundo o qual a falta de homologação do quadro de carreira não prejudica a sua eficácia nos casos em que, embora não homologado pelo Poder Público, é, efetivamente, praticado na empresa sem impugnação pelos empregados. O fundamento da validade do quadro de carreira, nesse caso, é o mesmo do contrato de adesão e da eficácia atribuída pela CLT aos ajustes tácitos (CLT, art. 442).

Em que consiste o problema da equiparação em cadeia?

A atual (2007) redação da Súmula 6, inciso VI, do TST abre caminho a desvirtuamento do princípio constitucional do art. 7º, XXX e XXXI, ao qual está condicionado o art. 461 da CLT, conforme passa

a ser mostrado. O direito de igualdade salarial é um princípio contra discriminação salarial e com base nesse pressuposto é que deve ser aplicado. Na sua construção dogmática contemporânea, a equiparação salarial, que decorre da igualdade entre dois empregados no exercício da função, considerados outros fatores, pressupõe, no caso concreto, um ato de discriminação do empregador, por preconceito contra alguém e que o leva a diferenciar o tratamento trabalhista que a essa pessoa é dispensado de modo injustificável, e a possibilidade de confrontação entre as duas pessoas, a discriminada e o paradigma.

Quando um fato ocorreu no passado na época em que dois empregados ao mesmo tempo trabalhavam na empresa, a confrontação ou comparação é possível, mas, se uma das duas pessoas não se acha mais no emprego e entre ela e o reclamante não houve simultaneidade no trabalho, fica prejudicado o confronto, porque não é possível cogitar de discriminação quando alguém é e outra pessoa não é, simultaneamente, empregada da mesma empresa na mesma função.

A CLT mostra a necessidade da verificação em cada situação não apenas dos aspectos objetivos da disparidade salarial entre reclamante e paradigma, mas também dos fatos e das razões que levam à desigualdade e que podem desautorizar o direito à igualdade salarial, apesar de preenchidos os requisitos objetivos do art. 461. Tanto é assim que não há direito à equiparação salarial quando, embora idêntica a função, diferente é a produtividade e a perfeição técnica. Em outro exemplo, é excluído o direito de equiparação quando a desigualdade salarial é decorrente de *vantagem pessoal* auferida pelo paradigma, embora estejam presentes, na comparação entre os dois empregados, todos os pressupostos exigidos pelo art. 461 da CLT. Um terceiro exemplo é o do paradigma readaptado em outra função.

Tem-se que é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma. Essa diretriz seria melhor se fosse a seguinte: presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior, *desde que tenha havido confronto direto entre o trabalho executado pelo equiparando e o paradigma do ora equiparado e, em qualquer caso, sempre que ocorrer discriminação.*

A finalidade da norma é evitar discriminação. Discriminação salarial é espécie do gênero discriminação, e como tal deve ter obediência aos mesmos princípios. Onde não houve discriminação não há o direito de equiparação. Discriminação também não se verifica em outras tantas ocasiões quando a disparidade salarial resulta de sucessão de contratos trabalhistas em razão de alterações societárias, de incorporação, fusão e aquisição.

Ao adquirir o controle de outra empresa e dela trazendo ou para ela levando alguns empregados que exerciam funções com salários superiores, os empregados, tanto de uma como de outra, que passaram a trabalhar lado a lado, exercendo as mesmas funções, podem ter mantidos os salários diferentes que antes da fusão eram pagos?

Os efeitos desequilibradores que poderiam vir de um pleito de equiparação e suas repercussões em cadeia podem levar os padrões salariais de uma empresa, a adquirente, a se elevarem aos da outra empresa, a alienada, e que, por pagar salários acima do mercado, não encontrou outra alternativa a não ser vender o seu controle para a iniciativa privada. Pondo-se a questão, como deve ser feito, sob a perspectiva da discriminação, o que se deve ver, em cada caso concreto, é se a disparidade salarial resulta ou não de preconceito, no primeiro caso sendo devidas diferenças salariais e no segundo caso sendo indevidas essas diferenças. Em outras palavras, pleito de equiparação salarial não deve ser examinado exclusivamente em seus aspectos objetivos restritos aos requisitos estabelecidos pela lei, sem outros cuidados, porque, antes dessa verificação, cumpre indagar qual é a finalidade da regra legal. O direito de equiparação salarial não foi feito para situações como a descrita, pois o seu fim é evitar a discriminação.

Quando uma empresa adquire outra que tem padrões salariais diferentes, para equipará-los terá quatro alternativas: a) rebaixar os padrões salariais vigentes na empresa adquirida, o que esbarra na proibição da lei, o art. 448 da CLT, segundo o qual a alteração na propriedade da empresa não afetará os contratos individuais de trabalho; b) elevar os padrões salariais da sua empresa, o que pode provocar uma situação de desequilíbrio financeiro em detrimento da normalidade dos seus negócios; c) despedir empregados obstativamente para evitar os efeitos da equiparação salarial em empresas diferentes.

Desse modo, dois efeitos jurídicos inconfundíveis, e que não podem ser mesclados, um efeito *protetor dos contratos individuais de trabalho dos empregados da adquirida*, para que não sejam afetados pela mudança na propriedade ou alteração do grupo de empresas, outro de *natureza ético-legal,* a não discriminação dos empregados da adquirida, redirecionam os atos da empresa para diferentes atitudes, uma, a de não reduzir salários, outra, a de não despedir empregados, outra, ainda, de encontrar soluções dentro do ordenamento jurídico, como neste caso.

A incorporação é um fato superveniente na vida das empresas. Nada tem que ver com os padrões salariais por elas adotados na sua origem e pelos respectivos proprietários. Na aquisição de uma empresa por outra, o dever da adquirente é respeitar os contratos individuais de trabalho dos empregados da adquirida, por força do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 448, de acordo com o qual mudança na propriedade da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados, mas não tem o dever de elevar os salários dos seus próprios empregados aos patamares de outros que prestavam ou prestam serviços na adquirida.

A circunstância de empregados, antes em empresas diferentes, passarem, com a nova situação, a atuar lado a lado, numa só e mesma empresa, exercendo a mesma função, porém com diferentes condições contratuais de trabalho, especialmente salariais, pode criar um problema administrativo para cuja solução as empresas devem ter o cuidado de não prejudicar os trabalhadores, o que as leva, inevitavelmente, a preservar as duas estruturas salariais ou introduzir medidas administrativas que, respeitando direitos, evitem a confusão dos contratos de trabalho. Para que o direito de equiparação exista cumpre estarem presentes não só os requisitos do art. 461 da CLT, mas também o pressuposto básico que fundamenta a isonomia, que é evitar discriminação.

A equiparação se dá entre empregados da mesma empresa e não entre empregados de empresas diferentes, o que permite levantar, como tese, a ausência de pressupostos legais para que se efetive quando os paradigmas são oriundos de empresas diferentes, argumento que não fica prejudicado sob a alegação da sucessão de empresa. É que ainda que houvesse sucessão, esta obriga o sucessor a assumir o ativo e o

passivo do sucedido e não a equiparar os salários dos seus empregados com os valores atribuídos, pelo sucedido, ao seu pessoal.

Simultaneidade na prestação de serviços é, também, requisito para a equiparação salarial. Significa que a contemporaneidade no exercício das funções idênticas se faz imperiosa para que os salários sejam equiparados. Para alguns autores, basta que tal ocorra por ocasião do ajuizamento da ação, uma vez que pode a empresa, tão logo proposta a ação judicial, separar os trabalhadores de seção para fraudar o pedido de equiparação. Portanto, se quando da propositura da reclamação ambos os empregados exerciam idênticas funções, é o quanto basta, para alguns autores, a fim de que seja cumprida a exigência da simultaneidade.

O problema da equiparação em cadeia foi apreciado em acórdão do TST posterior à Súmula n. 6 (RR 318/2007-109-03-00.4, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen), que firmou a tese de que, no caso de sucessivas equiparações obtidas por via judicial, pretensão de nova equiparação salarial há de se reportar ao paradigma matriz ou aos paradigmas que integraram a cadeia equiparatória. Assim, na medida em que a possibilidade de equiparação salarial perante paradigma que a obtivera por via judicial traz como pressuposto ser esse o empregado parâmetro e não um dos últimos empregados que eventualmente tenha obtido essa mesma equiparação, os requisitos do art. 461 da CLT devem reportar-se ao paradigma matriz, a fim de evitar inclusive série ininterrupta de isonomia salarial, cuja consequência é a desestruturação salarial da empresa.

Orlando Gomes frisa que o mesmo trabalho, executado sucessivamente por dois trabalhadores, não obriga ao pagamento de salário igual. Para Russomano, embora a lei não se tenha referido a esse requisito, ele é considerado essencial. A equiparação de salário pressupõe o confronto de produtividade, qualitativa e quantitativa, entre o que recebe mais e o que recebe menos. Esse confronto só será possível e correto uma vez que os empregados estejam em serviço, simultaneamente. Catharino observa que o empregado, para fazer jus à equiparação, deve estar trabalhando ao tempo em que aquele a quem se quer igualar também está. Essa restrição temporal está em sintonia com as limitações acolhidas por lei.

5. Salário mínimo

O salário mínimo representa, para o direito do trabalho, uma ideia básica de intervenção jurídica na defesa de um nível de vida abaixo do qual será impossível ao homem que trabalha uma existência digna e compatível com as necessidades elementares de sobrevivência humana.

Suas raízes históricas são remotas. Há fragmentos do Código de Hamurábi (2067-2025 a.C.) contendo formas de salário profissional. São encontrados períodos de *salários máximos*, exemplificando-se com a "Ordenança de João, o Bom", fixando-os para a França, o "Statutes of Labourers", do Rei Eduardo III, na Inglaterra, e, no mesmo país, leis de 1548 sancionando com multa e prisão quem pagasse ou recebesse salários além do máximo.

Segundo Paul Pic[1], é na Austrália que uma lei de 1896, completada por outras de 1907 e 1909, introduziu o salário mínimo. A OIT, com a Convenção n. 26, de 1928, em vigor desde 1930 e ratificada pelo Brasil, instituiu métodos de fixação de salários mínimos. Em nosso país, a Constituição de 1934 instituiu Comissões de salário mínimo, e o Decreto-lei n. 2.162, de 1940, fixou o valor do salário mínimo pela primeira vez.

Dois são os sistemas de relações de trabalho quanto ao salário mínimo. Primeiro, o salário mínimo fixado por lei, como nos Estados Unidos e no Brasil; segundo, os países que não têm lei de salário mínimo, como a Itália, que adota o sistema dos pisos salariais negociados por categoria.

Destacaremos alguns aspectos:

a) a CLT (art. 76) define salário mínimo como a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, destinada à satisfação de determinadas necessidades vitais, que devem ser consideradas na elaboração do cálculo de seu valor; o Plano Bresser denominou-o "piso nacional de salários"; a Constituição de 1988 (art. 7º, IV) restabeleceu o seu nome anterior, atribuiu a sua fixação à lei, unificou-o em todo o País e ampliou as necessidades vitais básicas,

1. *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, Arthur Rouseau Éd., 1930, p. 652.

do trabalhador e de sua família, observadas na sua formação, além de vedar que a ele sejam vinculadas outras obrigações de pagar;

b) há vários tipos de salário mínimo: a) *individual*, quando destinado a atender às necessidades vitais do trabalhador; b) *familiar*, quando visa a atender às necessidades mínimas do trabalhador e sua família; c) *por indústrias*, quando fixado para determinados ramos de atividades industriais e comerciais, em consideração à situação particular de cada setor e sua capacidade de pagar os trabalhadores; d) *universal*, quando geral a todos os trabalhadores e empresas; e) *progressivo*, sempre que os níveis entrarem em vigor em etapas sucessivas e não instantaneamente; f) *instantâneo*, quando entra em vigor imediatamente com efeitos totais; g) *nacional*, quando é fixada a mesma taxa para todo o território nacional; h) *por zona*, quando o território é dividido em zonas econômicas de diferentes salários mínimos;

c) há diferença entre *salário mínimo* e *salário profissional*, apesar da proximidade de ambas as figuras;

d) quanto à *amplitude*, o salário mínimo é geral e o salário profissional é restrito a determinada categoria profissional; quanto aos *fins*, o salário mínimo visa a manter um nível econômico abaixo do qual não será mais possível satisfazer as necessidades alimentares do trabalhador e de sua família, ao passo que o salário profissional tem por objetivo principal resguardar a dignidade profissional; quanto à *disciplina jurídica*, o salário mínimo resulta principalmente do intervencionismo estatal e o salário profissional quase sempre da negociação coletiva direta; quanto ao *critério de fixação das taxas*, o salário mínimo é fixado para o trabalhador como entidade individual e o salário profissional para o trabalhador como entidade coletiva, diante das possibilidades econômicas das empresas; enfim, um é salário vital, outro é salário justo, conceitos que não se equivalem; ambos têm uma propriedade comum: nas respectivas esferas, constituem o piso salarial, porém, essas diferenciações não impedem que um, o salário profissional, seja considerado espécie de outro que é o gênero, o salário mínimo;

e) o salário mínimo é irrenunciável;

f) nas jornadas legalmente inferiores à normal, não sofre redução proporcional, mas nas jornadas contratuais é admitida a redução em bases horárias, como no caso do menor que trabalha cinco horas por dia;

g) negligência do trabalhador que ganha por produção, tarefa ou comissões pode ser causa para rescisão do contrato, mas não para redução do salário mínimo; se esse empregado não atinge o valor correspondente ao mínimo, o empregador terá, de qualquer modo, de assegurá-lo;

h) não são computáveis as gorjetas para compor o salário mínimo, porque este é a contraprestação devida e paga diretamente pelo empregador, e a gorjeta não é paga pelo empregador; gratificações e prêmios também não são aproveitados para a sua complementação[2];

i) salários profissionais, que são remunerações mínimas estabelecidas para algumas profissões, por lei ou convenções coletivas, são previstos há algum tempo para médicos (Lei n. 3.999, de 1961), engenheiros (Lei n. 4.950-A, de 1966), eram fixados pela lei e indexados ao salário mínimo nacional, porém, a partir da Constituição Federal de 1988, que vedou a indexação salarial, passaram a ser fixados e reajustados por negociação coletiva da categoria, traduzindo-se, portanto, em pisos salariais convencionais e não mais legais;

j) o valor do salário mínimo é periodicamente reajustado; essa periodicidade já foi, no Brasil, anual, semestral e, até mesmo, mensal, variando de acordo com os critérios adotados pela legislação e com a Constituição Federal de 1988 (art. 7º, IV), o valor do salário mínimo passou a ser fixado não de acordo com as características estabelecidas pelo Executivo, mas pelo Congresso Nacional, por meio de lei, unificando-se em todo o País, consideradas, no seu cálculo, as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, além da alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte, antes previstas, mais o lazer, a educação, a saúde e os gastos com previdência social;

k) podem os sindicatos negociar por convenção coletiva ou obter por sentença em dissídio coletivo um *piso salarial*, que é uma forma de salário mínimo caso em que será o mínimo que pode ser pago à categoria de trabalhadores representada pelo sindicato, cujas normas coletivas preveem piso salarial; trata-se, portanto, de um mínimo que pode ser pago em uma categoria, nisso distinguindo-se do salário mí-

2. *Comentários à CLT e à legislação complementar*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1964, v. 1, p. 406.

nimo, que é geral para os empregados de todas as categorias, e do salário profissional, que é o mínimo atribuído a quem exerce um tipo de profissão nas diversas categorias; o piso é fixado normalmente para todos os empregados de qualquer profissão em uma categoria. Exemplo: piso salarial dos metalúrgicos;

l) imperativos de ordem econômica levaram o Governo a formular um meio pelo qual, fixando um salário mínimo nacional, como ordena a lei constitucional, permite-se que os Estados-membros possam estipular pisos salariais; a Constituição Federal (art. 22, parágrafo único) faculta a delegação, da União para os Estados-membros, da competência para legislar em direito do trabalho, mediante lei complementar e para matéria específica, a Constituição Federal, art. 7º, V, incluiu entre os direitos dos trabalhadores "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho", e a Lei Complementar n. 103, de 2000, autoriza os Estados a instituir pisos salariais diversificados, acima do salário mínimo nacional.

6. Outros aspectos

a) Como a inflação atinge o salário nominal, os trabalhadores pleiteiam o reajuste dos seus valores para serem repostos em índices anteriores à desvalorização e, concomitantemente, pedem aumento real do seu valor para que se eleve o seu poder aquisitivo. Num regime de indexação salarial essas recomposições são automáticas por força de lei, mas num sistema de livre negociação coletiva, o mesmo objetivo é alcançado com as convenções e os acordos coletivos negociados.

Os sindicatos trabalhistas, antes de 1964, ingressavam com dissídios coletivos, e os Tribunais do Trabalho, consultando estatísticas de elevação do custo de vida, arbitravam os novos salários para as categorias profissionais e econômicas representadas pelas organizações sindicais litigantes. A partir de 1964 o Estado passou a intervir, estabelecendo diretrizes legais para a recomposição do salário real médio, e depois fornecendo, mediante decretos, os índices a serem aplicados imperativamente, para, a partir da Lei n. 6.708, de 1979, basear a correção no Índice Nacional dos Preços ao Consumidor (INPC). A legislação sobre política salarial sofreu seguidas variações e em tempo relativamente curto, o que demonstra a sua instabilidade. Manti-

veram-se, até 1994, quando a política de indexação foi substituída pela livre negociação.

Com o Programa de Estabilização Econômica (Lei n. 8.880, de 1994), a livre negociação dos salários foi valorizada como principal forma de reajustes e reposições de eventuais perdas salariais. De acordo com os critérios adotados na prática das negociações coletivas, os sindicatos de trabalhadores, por ocasião da data-base de cada categoria, iniciam negociações com o sindicato patronal ou, diretamente, com uma ou mais empresas para ajustar a convenção coletiva ou o acordo coletivo que substituirá o anterior. Entre as reivindicações, diversas referem-se aos salários como o percentual a ser aplicado para o reajuste, pisos salariais, adicionais de horas extraordinárias, noturnas, de insalubridade e de periculosidade, as gratificações e planos de participação nos lucros ou resultados com base em metas que são fixadas pelas próprias partes.

Enquanto a correção salarial visa a *atualizar* o seu poder real achatado pela inflação, o aumento de salário tem por fim *elevar* o poder real, pondo o salário não no nível, mas acima dos preços. Teoricamente, as vias jurídicas utilizadas para o aumento salarial são as *negociações coletivas*, recomendadas pela OIT, o *arbitramento*, judicial ou privado, e a *legislação*. O aumento resulta de critérios estabelecidos pela *autonomia* coletiva dos particulares ou decorre de imperativos legais, caso em que se funda na *lucratividade* (aumento de lucros da empresa), no acréscimo da *produtividade* (aumento dos produtos tendo em vista os mesmos fatores de produção) ou na combinação dos dois sistemas.

Diante do exposto é possível falar em *dirigismo salarial* quando a política de salários é disciplinada pelo Estado e restritiva da liberdade de negociações coletivas. René Laperrière, em *Les systèmes juridiques de détermination des salaires* (Montreal, 1974), enumera os fundamentos da intervenção estatal nos salários como sendo de ordem: a) *econômica*, o planejamento econômico nacional voltado para o crescimento econômico; b) *social*, por ser o Estado o protetor dos grupos de menor capacidade de reivindicação ou desorganizados; c) *política*, para evitar crises, especialmente em períodos de dificuldades econômicas; e d) *jurídica*, pela eficácia do recurso à legislação que

estabelece a regulamentação geral. Aponta, também, razões que levam os governos a não interferir: 1ª) os *efeitos nefastos* das intervenções institucionalizadas nos mecanismos de mercado; 2ª) a *exacerbação das reivindicações* sindicais com o comprometimento da sua moderação; 3ª) a existência de *outras políticas* mais eficazes para a solução dos problemas econômicos; 4ª) a conveniência do *apelo* à colaboração de todos e não os argumentos de autoridade; 5ª) a *preservação da autoridade do Estado* e que pode ser atingida se este assume a responsabilidade integral.

b) *Complementos salariais* são formas complementares de salários acessórios ao principal; são diversos.

c) No sentido comum, *abono* significa adiantamento em dinheiro e no sentido jurídico quer dizer antecipação salarial; situações de momento criam certas necessidades para as quais são estabelecidas medidas transitórias e, com o tempo, cessada a causa, cessam os seus efeitos ou se processa a sua absorção pelo salário.

d) No sentido comum, adicional significa algo que se acrescenta e no sentido jurídico, *adicional* é um acréscimo salarial que tem como causa o trabalho em condições mais gravosas para quem o presta.

e) A taxa salarial sofre as influências das condições em que o trabalho é prestado. Adam Smith já dizia que os salários variam de acordo com a facilidade ou dificuldade, limpeza ou sujeira, dignidade ou indignidade do emprego, assim, a periculosidade, a insalubridade, o prolongamento da jornada etc. também repercutem no preço médio da força de trabalho, provocando uma natural majoração, que o direito torna obrigatória, por meio de cláusulas suplementares de salários estabelecidas, quer mediante contratos coletivos, como se faz nos Estados Unidos com os *fringes benefits*, quer por meio de leis, como entre nós com os *adicionais compulsórios.*

f) Em nosso direito, são compulsórios os adicionais por horas extraordinárias (CLT, art. 59), por serviços noturnos (CLT, art. 73), insalubres (CLT, art. 192), perigosos (CLT, art. 193, § 1º) e, ainda, por transferência de local do serviço (CLT, art. 469, § 3º); salvo os adicionais de insalubridade e periculosidade entre si, os demais, bem como esses, são cumuláveis (CLT, art. 193, § 2º). A Constituição de 1988 (art. 7º, XXIII) criou o adicional para atividades penosas.

g) O *adicional de horas extras*: a) é de no mínimo 50% (CF de 1988, art. 7º, XVI), tanto no acordo de prorrogação como no de conclusão de serviços inadiáveis; b) integra a remuneração, base para os cálculos que são feitos incidindo sobre salário; c) não pode ser estipulado previamente para a retribuição global de horas extras em número não especificado, ou seja, o salário *complessivo* (complexo); d) se houver prorrogação ilícita da jornada acima dos permissivos legais, mesmo assim será devido; e) é devido ao comissionista sujeito a controle de horário (STST n. 340), pelas horas que venderem além da jornada normal, bem como ao tarefeiro, mas não terá direito o trabalhador em domicílio; f) é indevido nos sistemas de compensação de horas; g) em casos de força maior, será também no mínimo de 50%; h) se o empregador suprimir as horas extras prestadas com habitualidade, o empregado terá direito a uma indenização para ressarcir a perda do adicional (STST n. 291). A STST n. 94, segundo a qual o valor das horas habituais integra o aviso prévio indenizável, foi cancelada pela Res. TST n. 121, de 2003.

h) O *adicional noturno*: a) é de 20% sobre o salário contratual, devido pelos serviços prestados após as 22 horas, nos centros urbanos; b) nos horários de sistema de revezamento é devido pela hora noturna; c) pago com habitualidade, integra a remuneração-base para os cálculos de 13º salário, férias etc. (STST n. 60); d) é devido ao vigia noturno, também; e) a transferência para o período diurno implica a sua perda (STST n. 265); f) pago com habitualidade, integra o salário (STST n. 60) e é devido quanto às horas prorrogadas (STST n. 60). E enquanto percebido, integra a remuneração para todos os efeitos legais (STST n. 139).

i) O *adicional de insalubridade*: a) é devido ao empregado que presta serviços em ambiente considerado insalubre e é de 10%, 20% ou 40%, conforme o grau de insalubridade mínimo, médio e máximo, de acordo com o art. 192 da CLT, com a redação da Lei n. 6.514, de 1977; b) integra a remuneração-base do empregado para todos os fins; esses percentuais vinham incidindo sobre o salário mínimo, qualquer que fosse o salário contratual do empregado, mas a Constituição de 1988 (art. 7º, IV), ao proibir a vinculação de outros pagamentos ao salário mínimo, alterou o critério que vinha sendo observado; uma

solução possível é o cálculo sobre os pisos salariais das categorias estabelecidos em convenções ou sentenças normativas.

j) São consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condição ou métodos de trabalho, expõem os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (CLT, art. 189); para complementar a Lei, o Ministério do Trabalho baixou Portaria, com os limites de tolerância aos agentes agressivos, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes (CLT, art. 190).

k) Cabe à Superintendência Regional do Ministério do Trabalho e Emprego exercer a fiscalização e notificar as empresas quanto às operações insalubres, conforme o quadro do Ministério do Trabalho. A empresa terá de providenciar para que o ambiente de trabalho, com adoção de medidas para reduzir a insalubridade aos limites de tolerância ou com a utilização de equipamentos de proteção individual, torne-se menos desfavorável ao trabalhador (CLT, art. 191).

l) O *adicional de periculosidade*: a) é devido ao empregado que presta serviços em contato permanente com inflamáveis em condições de risco acentuado (CLT, art. 193); b) foi estendido para atividades com explosivos (CLT, art. 193), energia elétrica (Lei n. 7.369/85) e radiações ionizantes (Portaria do então Ministério do Trabalho n. 3.393/87); c) é de 30% sobre o salário contratual e integra a remuneração do empregado, salvo para fins de gratificações, prêmios e participação nos lucros (CLT, art. 193, § 1º).

m) De acordo com a STST n. 364, "faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, se sujeita a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido" e "a fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos", e segundo a STST n. 132, "o adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras" e "durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições

de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas".

n) O *adicional de transferência*: a) é devido ao empregado transferido pelo empregador para outra localidade e o seu valor é de 25% do salário contratual (CLT, art. 469, § 3º); b) é indevido nas transferências definitivas, desde que nestas tenham sido pactuadas condições salariais mais vantajosas para o empregado e a transferência tenha resultado do consentimento do trabalhador.

o) É frequente, nos empregos do comércio, a retribuição com base em percentuais sobre os negócios que o vendedor efetua, ou seja, o salário por comissão; para Orlando Gomes é uma feição especial da remuneração por unidade de obra, para Süssekind, constitui modalidade de retribuição condicionada ao serviço realizado pelo trabalhador e Catharino entende que o salário por comissão reentra no conceito amplo de percentagens; em nosso direito, as comissões: a) são admitidas como forma exclusiva ou não de retribuição; b) não se confundem com a percentagem nem com a participação nos lucros; c) são irredutíveis; d) não se tornam um direito antes da aceitação da venda pela empresa; e) não são prejudicadas com a cessação da relação de emprego e a inexecução do negócio, salvo a insolvência do cliente. O seu regime jurídico emana da Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957, e dos arts. 466, 457, e parágrafos, 459, 478, § 4º, da CLT e outros.

p) *Gratificações são*, na sua origem, liberalidades do empregador que pretende obsequiar o empregado por ocasião das festas de fim de ano; são "somas em dinheiro de tipo variável, outorgadas voluntariamente pelo patrão aos seus empregados, a título de prêmio ou incentivo, para lograr a maior dedicação e perseverança destes" (Plá Rodriguez); por sua etimologia, *gratificação* equivale a "demonstração de agradecimento, de reconhecimento", sendo, portanto, um ato não obrigatório, fruto de espontaneidade; o vocábulo tem sido usado em quatro sentidos, enumerados por Cabanellas: a) recompensa pecuniária por um serviço eventual ou por uma prestação extraordinária; b) qualquer pagamento extra; c) toda dádiva fundada em alguma causa beneficiosa ou grata para quem a concede; d) remuneração fixa pelo desempenho de certos serviços ou encargos, sem o caráter de salário ou compatível com o salário; acrescente-se que por influência dos usos e costumes,

as gratificações tornaram-se uma tradição, os empregadores repetiram o ato espontâneo, que passou, assim, a entrar nos quadros normais da relação de emprego, a reiteração cria, para o empregado, uma expectativa de contar com o valor correspondente nos seus ingressos econômicos; desse modo, a gratificação, gradativamente, transformou-se, o empregado passou a exigi-la, sempre que habitual, e sensível ao aspecto econômico, a legislação trabalhista passou a considerar, o que era antes uma liberalidade uma obrigação do empregador; assim, as gratificações constituem uma modalidade de salário quando o pagamento é continuo; Cabanellas afirma que, "provado ou comprovado o caráter *habitual*, *geral*, *invariável* e *periódico* da gratificação, esta perde a sua voluntariedade característica, para se converter em obrigatória; então, deixa de ser liberalidade para se transformar em direito exigível pelo trabalhador e inescusável para o empregador"; Plá Rodriguez, após enumerar as correntes doutrinárias em três, a primeira afastando as gratificações do âmbito salarial, a segunda sustentando que as gratificações não integram o salário mas são a ele assimiláveis para certos efeitos, e a terceira para a qual as gratificações têm natureza salarial, defende esta última orientação, apontando, para fundamentar a sua posição, dois motivos; as gratificações, quando da constituição do contrato de trabalho, são instituídas pelo empregador para que o salário não se eleve, e ambas as partes do contrato de trabalho devem encarar a remuneração como um todo; o segundo motivo está em que, apesar dos seus aspectos mais difusos, as gratificações assemelham-se aos prêmios e outras retribuições do trabalho, destinando-se a contraprestar o maior zelo, esforço ou a melhor tarefa do trabalhador. São encontradas, em síntese, posições *subjetivistas* e *objetivistas* sendo que o exemplo da primeira decorre dos ensinamentos de Paul Durand ao sustentar que só a repetição de um ato não modifica a sua natureza jurídica e uma liberalidade não se transforma em algo oneroso só porque regularmente consentido, sendo necessário que as partes tenham desejado constituir a obrigação, impondo um uso que pode ser revelado pela generalidade, a constância e a fixidez; é, também, o entendimento de Barassi, para quem a repetição constante de uma prestação não gera, por usucapião, o direito de exigi-la se não existia antes; assim, o *subjetivismo* quer a prova da intenção de se obrigar para o futuro para que o empregador tenha na gratificação uma obrigação e para o

objetivismo, no entanto, basta a repetição do pagamento, portanto esse elemento exterior, independentemente do *animus* das partes; em nosso direito, a lei mostra-se, de certo modo, apegada a critérios subjetivistas, ao considerar salariais as gratificações ajustadas (CLT, art. 457, § 1º); porém, a jurisprudência é marcadamente objetivista, como está evidente na Súmula n. 207 do STF, dispondo que "as gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário" e na STST n. 152, ao estabelecer que "o fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade, não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito"; é a *habitualidade* o elemento fundamental conceito um pouco vago sobre o qual Luiz José de Mesquita diz: "habitualidade indica o que sucede por hábito, repetição de atos de uma mesma espécie, de modo regular e permanente. Eis as notas da habitualidade ou da gratificação habitual: ela existe 1º) em relação ao tempo, e temos, então, a constância com que é concedida, excluindo a eventualidade de um ato discricionário do empregador; 2º) em relação à extensão, e temos aqui a generalidade ou uniformidade com que é concedida ao conjunto de empregados ou a determinados colaboradores; 3º) em relação à sua quantia, montante ou *quantum*, temos, finalmente, o elemento fixidez ou igualdade da taxa, que se conforma com o uso"; a STST n. 98 direcionou-se no sentido de que a gratificação periódica contratual integra o salário, pelo seu duodécimo, para todos os efeitos legais, inclusive o cálculo da natalina da Lei n. 4.090/62, foi cancelada pela Res. TST n. 121, de 2003. Porém, o critério duodecimal é aplicável do mesmo modo; há diversas *classificações* das gratificações: a) quanto à *periodicidade do pagamento*, as gratificações são *mensais*, *bimensais*, *trimestrais*, *semestrais* ou *anuais*; b) quanto ao *valor*, são *fixas* ou *variáveis*; c) quanto à *fonte da obrigação*, podem ser *autônomas* ou *heterônomas*, aquelas decorrentes da vontade dos interessados, individual (contrato individual de trabalho) ou grupal (convenções coletivas de trabalho), subdividindo-se, de outro lado, em *unilaterais*, quando criadas pelo empregador (regulamento de empresa), e *bilaterais*, quando constituídas pelo empregador e empregado, de comum acordo; d) quanto ao *tipo de ajuste*, serão *expressas*, *verbais* ou *escritas*, e *tácitas*, quando o consentimento não for expresso; e) quanto à *causa*, classificam-se em: 1) *gratificações de função*, que têm como causa o exercí-

cio de determinada função, daí por que, cessada a causa, cessa o efeito, podendo ser suprimidas desde que o empregado deixe de exercer a função que as originou; 2) *gratificações de balanço*, cuja causa são os lucros acusados em balanço, "se deferidas anualmente, de acordo com a praxe adotada pela empresa, em condições uniformes (por exemplo: um mês de salário ou uma percentagem fixa sobre o salário, ou, ainda, uma cota sobre determinada percentagem dos lucros auferidos), constituirão salário e não poderão ser suprimidas, cabendo aos respectivos empregados o direito de cobrá-las judicialmente" (Süssekind); 3) *gratificações de festas*, cuja causa é a ocorrência das festas de fim de ano ou outras; as gratificações: a) integram a remuneração-base dos empregados para todos os efeitos dela emanados e, assim, são computadas para o cálculo da remuneração do repouso, das férias, da indenização, dos depósitos do FGTS, dos recolhimentos das contribuições previdenciárias; b) são salariais, desde que habituais e reiteradas, em especial quando mensais; c) não podem ser suprimidas nem diminuídas, sob pena de alteração contratual ilícita; d) podem ser mensais, semestrais, anuais etc., conforme a ocorrência da causa que as determina ou do prazo combinado para o seu pagamento; e) têm como critério de cálculo quando não pagas em valores fixos, mas variáveis, as médias anuais; f) são proporcionais quando o contrato de trabalho termina antes do período em que são concedidas; g) devem ser pagas contra recibo específico; h) só podem ser incorporadas ao salário com a concordância do empregado e desde que nenhum prejuízo resulte ao trabalhador; i) são atingidas pela prescrição quinquenal, o que equivale a dizer que podem ser reclamadas em ação judicial no prazo de 5 anos, a contar do dia em que o pagamento deveria ter sido efetuado; j) não podem ser desviadas, como regra, das finalidades para as quais foram instituídas, como, por exemplo, a compensação com reajustamentos salariais coletivos; l) em se tratando de gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam os diretores e chefes de departamentos ou filiais, seu valor não poderá ser inferior a 40% do salário efetivo como gratificação de função, para excluir dos exercentes dos cargos de confiança o direito de receber horas extraordinárias (CLT, art. 62, parágrafo único), que serão devidas, no entanto, se a referida gratificação tiver valor inferior; o 13º salário também é denominado gratificação natalina, foi instituído no Brasil,

seguindo exemplo de outros países, pela Lei n. 4.090, de 13 de julho de 1962, que o disciplinou como pagamento no mês de dezembro, baseado sobre a remuneração desse mês, e em valor correspondente ao número de meses trabalhados pelo empregado no ano, segundo o critério de duodécimos, havendo-se a fração igual ou superior a quinze dias como mês integral para o efeito de cálculo; foram introduzidas alterações pela Lei n. 4.749, de 12 de agosto de 1965, que ordena o pagamento em duas metades: a primeira até o mês de novembro ou, se o empregado o requerer, quando entrar em férias; a segunda até o dia 20 de dezembro; se o empregado é despedido por justa causa, perdendo o direito ao 13º salário do ano, a lei assegurou ao empregador o direito de deduzir o seu valor de outros créditos de natureza trabalhista que tenha com o empregado; a STST n. 372 estabelece as seguintes regras: "percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira; mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação"; e a STST n. 373 dispõe que "tratando-se de pedido de diferença de gratificação semestral que teve seu valor congelado, a prescrição aplicável é a parcial".

q) *Gorjetas*. Consistem na entrega de dinheiro, pelo cliente de uma empresa, ao empregado desta que o serviu, como testemunho da satisfação pelo tratamento recebido; existem duas modalidades de gorjetas: as obrigatórias (sistema alemão), quando fixadas na nota de despesa, e as facultativas (sistema latino), quando espontâneas.

r) *Prêmios* têm fundamento consuetudinário, se eventuais não integram o salário, são vinculados a fatores de ordem pessoal do trabalhador ou de um grupo de trabalhadores como a produção, a eficiência etc; quanto às *pessoas beneficiadas*, os prêmios são *individuais* ou *coletivos*, conforme fixados para cada trabalhador individual ou globalmente considerado, em função do trabalho de uma multiplicidade ou grupo de trabalhadores (ex.: um departamento); quanto à *causa*: a) *prêmios de produção*, quando a causa do seu pagamento é determinada produção a ser atingida; b) *prêmios de assiduidade*, tendo como causa a frequência do empregado e como fim o estímulo à sua presença constante; c) *prêmios de economia*, pela economia de gastos que o empregado consegue; d) *prêmios de antiguidade*, também denominados

adicionais de antiguidade ou gratificações de antiguidade, pelo tempo de serviço que o empregado atingir na empresa; quanto à *fonte jurídica formal*, os prêmios resultam da lei, dos contratos individuais, das convenções coletivas, dos regulamentos de empresas, enfim, das normas jurídicas no sentido amplo; quanto às *técnicas de cálculo*, previstas pela ciência econômica, entre os sistemas mais conhecidos estão os concebidos por Halsey, Rowan, Gantt, Emerson etc., todos estabelecendo incentivos de diferentes valores para aumentar a produção e as taxas de salário.

s) Existem setores da produção econômica nos quais alguns empregados exercem as suas atividades fora do estabelecimento, portanto executando serviços externos; é o que ocorre com os vendedores, propagandistas, pesquisadores etc, trabalho, por esses empregados desenvolvido, que exige a manutenção de contatos com clientes da empresa, nos respectivos estabelecimentos e escritórios, numa só ou em diversas localidades e no qual o empregado movimenta-se na rua e em viagens e tem gastos decorrentes dessa deslocação, como a condução, a hospedagem, a alimentação etc. A condução às vezes é própria, outras vezes de terceiros, mas alugada; essas despesas são efetuadas para que a atividade possa ser cumprida; constituem um meio para atingir um fim; denominam-se *diárias e ajudas de custo*, não têm a natureza de salário porque não se destinam a retribuir o trabalho do empregado, mas de *indenização* dos danos que suportaria o empregado, caso tivesse de fazê-las do próprio bolso e se trata, portanto, de ressarcimento de despesas de movimentação do empregado; dispõe o art. 457, § 2º, da CLT que as ajudas de custo, assim como as diárias que não excedam de 50% do salário, neste não se incluem. Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens, critério inadequado porque mais da metade dos salários pode ser gasta em despesas reais de movimentação e nem assim deixa de ser caracterizada a natureza não salarial do pagamento que o empregador fizer ao empregado em razão desses gastos. É da verificação da destinação do pagamento que resultará a sua exata qualificação. Se destinado a ressarcir despesas de movimentação, não será salário, ainda que ultrapassando 50% do salário. Quando a nossa lei estabelece esse critério aritmético, é evidente que parte de uma presunção relativa, passível de prova em contrário.

§ 51. A proteção da vida, saúde e integridade física

Sumário: 1 Preservação do meio ambiente. 2. Conceito de meio ambiente do trabalho. 3. Medicina e segurança do trabalho. 4. Normas jurídicas.

1. Preservação do meio ambiente

Entre os direitos fundamentais do trabalhador está a *proteção à vida e integridade física*, que começa pela preservação do meio ambiente do trabalho e é garantida não apenas a subordinados, mas àqueles que pessoalmente prestam serviços não subordinados também, em especial o independente continuativo, que na qualidade de autônomo executa serviços sem subordinação a outrem, e, igualmente, ao eventual.

O fundamento legal da extensão desses direitos a todo trabalhador é o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, que não os limita a empregados, abrangendo todo trabalhador. A razão de ser dessa proteção está em que os mesmos motivos que levam a lei a criar um sistema de proteção à vida, saúde e integridade física do empregado justificam a sua extensão a outros tipos de trabalhadores. Ainda que assim não fosse, o art. 5º da Constituição Federal garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida e à igualdade. Não é porque uma pessoa está no exercício de um trabalho em categoria diversa que deixará de ter a mesma proteção.

Não há dúvida de que em um ou outro caso o preceito legal elaborado para o empregado não pode ser inteiramente utilizado para a garantia de trabalhadores que não executam continuamente as suas atividades em um centro ou unidade. É o caso do *autônomo difuso*. As CIPAs são obrigatórias nas empresas para os empregados. Mas, como as empresas modernas contratam serviços de empregados, de autônomos, de eventuais, de terceirizados, de cooperados etc., a interpretação, em consonância com o alargamento das fronteiras do direito do trabalho, permite essa visão ampla do âmbito pessoal de aplicação da lei.

Nem sempre o direito ocupou-se da proteção desses bens maiores. Na Antiguidade e na Idade Média não é encontrado um sistema de normas jurídicas destinado à proteção dos seres humanos no trabalho. As corporações de ofício medievais prestaram assistência às pessoas vitimadas pelos acidentes de trabalho. Os processos econômicos de produção eram incipientes, e o homem estava menos exposto aos riscos do trabalho.

Com o desenvolvimento tecnológico, no apogeu da Revolução Industrial do século XVIII, a máquina, ao lado dos enormes benefícios que trouxe para a humanidade, também fez as suas vítimas, aumentando, consideravelmente, o número de acidentes profissionais.

A ideia da necessidade da introdução de dispositivos legais regulamentando os novos processos industriais, para a diminuição dos perigos a que estava exposto o operário, passou a ser uma das preocupações dos juristas[1].

Atestam essa preocupação os fatos e documentos que a expressam. Em 1890, a Conferência de Berlim adota medidas sobre trabalho em minas. Em 1913, a Conferência de Berna propõe soluções para a proteção do trabalhador contra riscos profissionais. A Carta Social Europeia, de 1961, no art. 3º, estabelece que, "ao assegurar o exercício efetivo do direito à segurança e higiene do trabalho, as partes contratantes se comprometem a: 1. fixar regulamentos de segurança e higiene; 2. ditar medidas de controle da aplicação desses regulamentos; 3.

1. Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris, Arthur Rousseau Éd., 1930.

consultar, quando oportuno, as organizações de empregadores e trabalhadores sobre medidas tendentes a melhorar a segurança e higiene do trabalho". A Primeira Conferência lnteramericana de Segurança Social, reunida no Chile, em 1942, declara que a saúde, a capacidade e o bem-estar dos trabalhadores de uma nação americana interessam também às demais nações americanas. A Declaração de Princípios Sociais da América, aprovada pela Conferência Interamericana sobre Problemas de Guerra e Paz, em 7 de março de 1945, incluiu entre as suas recomendações a necessidade de uma legislação de todas as repúblicas americanas, garantindo ao trabalhador a atenção do Estado para os serviços de medicina preventiva e curativa.

Cresceu a ideia da necessidade de garantias, vendo-se que os aspectos puramente técnicos e econômicos da produção de bens não poderiam redundar num total desprezo às condições mínimas necessárias para que o homem desenvolvesse a sua atividade conforme condições humanas e cercadas das garantias destinadas à preservação da sua personalidade.

Nas reações filosófico-políticas que seguiram, surgiram as ideias que fundamentariam o desenvolvimento da proteção legal da vida e integridade física do trabalhador, entre as quais a certeza de que a técnica está a serviço do homem e não o homem a serviço da técnica. Passou-se a admitir que aqueles que, pela sua condição de operários, exercem o trabalho preponderantemente braçal e nos ambientes de fábricas não podem ser vistos senão como seres humanos integrantes do grupo social, merecedores de todos os cuidados da comunidade, para que as árduas tarefas, que estão a seu cargo não os entorpeçam nem comprometam seu bem-estar físico e mental.

A proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer.

O complexo técnico resultante das invenções e da utilização dos instrumentos, máquinas, energias e materiais modifica-se e intensifica-se por intermédio das civilizações. A relação entre o homem e o fator

técnico passou a exigir uma legislação tutelar da saúde, da integridade física e da vida do trabalhador.

Assim, como frisou Cabanellas[2], "não é possível admitir o sacrifício de vidas humanas pela simples necessidade de aumentar a produção ou para melhorá-la. É preciso ter em conta que a primeira condição que o patrão está obrigado a cumprir é a de assegurar que os trabalhadores se desenvolvam em um ambiente moral e rodeados da segurança e higiene próprias da condição e dignidade de que se revestem".

2. Conceito de meio ambiente do trabalho

Que é meio ambiente do trabalho?

Não há dúvida de que a primeira condição que o empregador está obrigado a cumprir é assegurar aos trabalhadores o desenvolvimento das suas atividades em ambiente moral e rodeado de segurança e higiene. Para esse fim, bem como para outros, é que surgiu o direito do trabalho, inconfundível com o direito da seguridade social, este último integrado pela previdência social, assistência social e infortunística. São setores separados e inconfundíveis, cada qual com legislação, fiscalização e jurisdição próprias.

O meio ambiente do trabalho é, exatamente, o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc. A matéria é trabalhista porque o meio ambiente do trabalho é a relação entre o homem e o fator técnico, disciplinado não pela lei acidentária, que trata de nexos causais em situações consumadas, muito menos pela lei de defesa ambiental, que dispõe sobre direitos difusos não trabalhistas, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho.

---

2. *Derecho de los riesgos del trabajo*, Buenos Aires, Omeba, 1968, p. 48.

3. Medicina e segurança do trabalho

A segurança e a medicina aplicadas ao trabalho têm um objeto próprio, que pode ser resumido, seguindo Simonin[3], da seguinte maneira: a) complexo homem-máquina, em face das modificações constantes desta última, acarretando toda sorte de estragos nos que as manejavam, impondo-se um corretivo de ordem fisiológica, biológica, psicológica e técnica; b) complexo trabalhador-ambiente, tendo em conta que o local de trabalho é fonte de riscos e perigos diversos, que devem ser evitados, tanto no que tange à edificação do estabelecimento, em seu aspecto material, como em relação à implantação de meios técnicos sanitários a cargo de engenheiros, químicos e toxicólogos; c) equipe obreiro-médica, que abrange a proteção sanitária em toda a plenitude; d) equipe obreiro-patronal, compreendendo fatores psicológicos de produtividade, pertinentes à esfera das relações humanas na empresa e a consideração do trabalhador como ser dotado de necessidades e ao mesmo tempo sujeito a fatores de ordem ética, moral e espiritual; e) complexo obreiro-comunidade, que entra no campo da previdência social, dada a necessidade de suprimir ou diminuir no trabalhador a incerteza quanto a determinadas contingências que o afetam sobre o futuro e os riscos do trabalho.

A higiene[4] é parte da medicina que tem por fim a conservação da saúde.

A higiene do trabalho ou higiene industrial é para alguns uma parte da medicina do trabalho, restrita às medidas preventivas, enquanto a medicina abrange as providências curativas.

É definida por Cabanellas como "a aplicação dos sistemas e princípios que a medicina estabelece para proteger o trabalhador, prevendo ativamente os perigos que, para a saúde física ou psíquica, se originam no trabalho. A eliminação dos agentes nocivos em relação ao trabalhador constitui o objeto principal da higiene laboral".

Divide-se em higiene do ambiente e higiene do trabalhador.

---

3. *Medicina del trabajo*, Barcelona [s. n.], 1959, t. 1, p. 23 e 24.

4. Higiene, filha de Esculápio, um dos pais da medicina, foi, na Grécia, uma deusa da saúde.

A primeira refere-se ao local do trabalho e a segunda, aos aspectos pessoais do trabalhador.

Segundo o sujeito de sua aplicação, a higiene é dividida, por Cabanellas, em individual ou privada, pública ou coletiva e social.

Para Ruprecht, a higiene tem por objeto normas que concernem ao âmbito laboral, ao fator humano e aos caracteres especiais de certos trabalhos.

Prefere-se, hoje, a expressão "medicina" a "higiene".

A segurança do trabalho é o conjunto de medidas que versam sobre condições específicas de instalação do estabelecimento e de suas máquinas, visando à garantia do trabalhador contra a natural exposição aos riscos inerentes à prática da atividade profissional.

Não se destina, portanto, aos aspectos sanitários, mas os complementa, uma vez que a higiene pressupõe instalações condignas, segundo determinadas regras básicas de construção e de disposição dos bens.

A proteção jurídica à saúde do trabalhador, tema estudado por Sebastião Geraldo de Oliveira, no livro de mesmo nome, é da maior importância, crescendo a sua dimensão no direito do trabalho, porque diz respeito não apenas à qualidade de vida do trabalhador, mas também à sua integridade física e bem-estar, ressaltando, corretamente, o autor que o meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral, de modo que é impossível ter qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, já que o homem passa grande parte da sua vida no ambiente de trabalho.

4. Normas jurídicas

A OIT tem atuação profícua nesse campo por meio das Convenções e Recomendações sobre prevenção de acidentes (1937), segurança das máquinas (1929), pesos em fardos transportados por barco (1929), fiscalização trabalhista (1937), edificações (1937), acidentes de trabalho (1929), radiações (1960), assistência médica (1944), higiene no comércio e oficinas (1964), proteção à saúde dos trabalhadores (1953), serviços de medicina do trabalho (1959), enfermidades profissionais (1925), fósforo branco (1919), saturnismo (1919) etc.

Dê-se destaque à Convenção n. 155 da OIT, pela qual os países se obrigam mediante consultas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, e, levando em conta as práticas nacionais, a formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, em nível nacional e de empresa, e a Convenção n. 161 da mesma organização, que estabelece princípios de uma política nacional de proteção à saúde do trabalhador.

As Constituições da Bolívia (1967), Brasil (1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), Costa Rica (1949), Equador (1947), México (1947) e Honduras (1957), além de outras, protegem o direito à segurança e higiene no trabalho.

Na época contemporânea a segurança e a medicina no trabalho são objetivos que as leis dos diferentes países procuram atingir, quer por medidas de engenharia referentes às condições mínimas de segurança oferecidas pelos locais de trabalho, quer por meio de exigências destinadas à manutenção das condições básicas impostas pela higiene, quer mediante a regulamentação dos efeitos jurídicos dos acidentes de trabalho e moléstias profissionais.

No Brasil há um fundamento constitucional, o art. 7º, XXII, que assegura aos trabalhadores o direito à saúde, higiene e segurança; no art. 200, VIII, atribui ao sistema único de saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; e no art. 5º, X, o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

A CLT, com a redação da Lei n. 6.514, de 1977, nos dispositivos sobre segurança e medicina do trabalho, tem um quadro expressivo, uma vez que trata dos seguintes temas: normas básicas de segurança e medicina do trabalho e dos órgãos aos quais incumbe velar por esse bem jurídico (arts. 155 a 159); inspeção prévia, embargo ou interdição de estabelecimento (art. 160); órgãos de segurança e medicina do trabalho na empresa (arts. 162 a 165); equipamentos de proteção individual (arts. 166 e 167); medidas preventivas de medicina do trabalho (arts. 168 e 169); edificações (arts. 170 a 174); iluminação (art. 175); conforto térmico (arts. 176 a 178); instalações elétricas (arts. 179 a 181); movimentação, armazenagem e manuseio de materiais (arts. 182

e 183); máquinas e equipamentos (arts. 184 a 186); caldeiras, fornos e recipientes sob pressão (arts. 187 e 188); atividades insalubres ou perigosas (arts. 189 a 197); prevenção da fadiga (arts. 198 e 199); é competência do Ministério do Trabalho e Emprego baixar normas complementares (art. 200), entre as quais portarias sobre Normas Regulamentares de Medicina e Segurança do Trabalho — NRs.

Meio ambiente do trabalho não é algo diferente do conjunto de condições de segurança e medicina no trabalho. As duas expressões, na verdade, tratam de uma só e mesma realidade. A complexidade e extensão da matéria levaram o Poder Executivo a discipliná-la por meio de "normas regulamentadoras" (NR), aprovadas pela Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. Nada impede, entre sindicatos e empresas, acordos coletivos de trabalho dispondo sobre a matéria, respeitadas as garantias mínimas fixadas em lei.

As empresas são obrigadas a cumprir essas normas promovendo as medidas necessárias para a proteção à saúde e segurança do trabalhador, fornecer equipamento de proteção individual, agir em caráter preventivo, cuidar para o estado e conservação das suas instalações, da iluminação, do conforto térmico, das instalações elétricas, das máquinas e equipamentos e cuidar especialmente das atividades exercidas em ambientes insalubres ou com riscos de explosão ou de lesões, seguindo as normas complementares baixadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Podem expedir instruções gerais aos seus trabalhadores quanto às precauções que devem tomar, no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

Os trabalhadores, por sua vez, são obrigados a cumprir as ordens da empresa, constituindo ato faltoso a recusa injustificada do trabalhador tanto em obedecer as normas gerais ou pessoais como as determinações para uso de equipamentos de proteção (CLT, art. 158, parágrafo único).

O acompanhamento da saúde do empregado é obrigação do empregador. Diversas obrigações a serem cumpridas pela empresa são previstas pela lei.

Primeira, o exame médico, que é obrigatório, por conta do empregador, inclusive na admissão do empregado (CLT, art. 168). Será renovado anualmente; porém, nas atividades com insalubridade, de

seis em seis meses. Por ocasião da cessação do contrato de trabalho, como já ocorreu na admissão, mas nas atividades a serem discriminadas em Portaria, é, também, obrigatório o exame médico (CLT, art. 168 e parágrafos). A abreugrafia será repetida a cada 2 anos (CLT, art. 168, § 3º).

Segunda, a empresa é obrigada a fornecer gratuitamente os equipamentos de proteção individual adequados ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados (CLT, art. 166). Essa norma, ao contrário da anterior, não se refere ao fornecimento de vestuário.

Ganha importância o assunto no que se relaciona aos uniformes. Nada está disciplinado pela lei. Porém, é entendimento resultante das decisões dos Tribunais que, quando a empresa obriga o empregado a comparecer ao serviço com uniforme, deve fornecê-lo ao empregado. Não pode efetuar o desconto do seu valor nos salários, já que se trata de ônus que não é decorrente de ato do empregado, mas de exigência do empregador e no interesse da sua atividade. Tolera-se, no entanto, o desconto quando o uniforme não é utilizado somente no local de trabalho, podendo, desde que adequado e compatível, ser usado para outros fins, fora do serviço.

Terceira, todo estabelecimento deve estar equipado com material necessário à prestação de primeiros socorros médicos (CLT, art. 168, § 5º).

Quarta, é obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, em conformidade com instruções baixadas pelo Ministério do Trabalho (CLT, art. 169) e a criação de órgãos internos que são a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — CIPA, o Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho — SESMT e o desenvolvimento do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA e do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO.

Quinta, é obrigatória, nas empresas com mais de 50 empregados, a constituição de um órgão denominado CIPA — Comissão Interna de

Prevenção de Acidentes (CLT, art. 164). O número mencionado é fixado em Portaria, portanto sujeito a alterações[5].

A CIPA é integrada por representantes dos empregados, eleitos em escrutínio secreto, e de representantes indicados pelo empregador; o mandato dos membros é de 1 ano, admitida uma reeleição, e durante o seu exercício os representantes dos empregados têm estabilidade no emprego, uma vez que "não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro" (CLT, art. 165). A Constituição de 1988 (art. 10, II, *a*, das Disposições Transitórias) ampliou a proteção dispensada ao empregado eleito para cargo de direção dessas comissões, igualando-o aos dirigentes sindicais, de modo que a estabilidade inicia com o registro da candidatura, o que beneficia os candidatos à CIPA, e termina um ano após o fim da gestão.

A empresa que dispuser de serviço médico próprio ou em convênio terá a seu cargo o exame médico e a justificação de faltas por doença dos seus empregados, correspondentes aos 15 primeiros dias de incapacidade. Ultrapassado esse prazo, segue o encaminhamento do caso à Previdência Social para fins de concessão de licença remunerada, ou de aposentadoria por invalidez, conforme o caso.

Compete ao Estado, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, a inspeção do trabalho e a fiscalização do cumprimento das normas pelas empresas.

A fiscalização pela observância das normas sobre a matéria pertence às Delegacias Regionais do Trabalho, abrangendo o poder de impor autuações e multas, assegurado direito de recurso aos atingidos. Além dessas atribuições, as Delegacias podem embargar obras edificadas sem o cumprimento das exigências legais acima apontadas.

As infrações às normas de medicina correspondem a multas de 3 a 30 vezes o salário mínimo de referência (Lei n. 6.205, de 29-1-1975, art. 2º, parágrafo único), e as concernentes à segurança, multas de 5 a 50 vezes o mesmo valor (CLT, art. 201).

---

5. Ver Portaria n. 3.456. de 3 de agosto de 1977, que dispõe sobre organização e funcionamento das CIPAs.

A Fiscalização Trabalhista pode requerer "inspeção prévia" do estabelecimento para a verificação do cumprimento das normas de segurança. A Administração Pública do Trabalho tem poderes de fiscalização e outros. A lei dispõe sobre os órgãos aos quais incumbe velar pela segurança e medicina do trabalho (CLT, arts. 155 a 159), a inspeção prévia, embargo ou interdição de estabelecimento (CLT, art. 160), bem como acerca dos órgãos de segurança e medicina na empresa (CLT, arts. 162 a 165).

Perante o Poder Judiciário podem ser propostas ações referíveis ao meio ambiente do trabalho, sendo da competência da Justiça do Trabalho as que se referem às relações de trabalho e a observância dos preceitos sobre saúde e segurança do empregado. Essas ações têm como parte legítima para propô-las o empregado interessado, o Ministério Público do Trabalho — que pode instaurar investigação prévia, inquérito e ação civil pública — ou o sindicato, que igualmente é parte legítima para, na qualidade de substituto processual ou representando associados, requerer a prestação da tutela jurisdicional.

Não nos parece que essa matéria, ao contrário do que possa ser concluído à primeira vista, deva ser enquadrada na esfera determinada pela Constituição Federal, art. 129, III, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e por eventuais leis estaduais que venham a autorizar as Promotorias Estaduais a promover a defesa do meio ambiente do trabalho. Melhor enquadramento seria na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 154 a 201), das leis trabalhistas sobre fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (CLT, art. 626) separando-se o que é acidente de trabalho do que é proteção ao meio ambiente do trabalho. A legislação de acidentes de trabalho (Lei n. 8.213/91) pressupõe nexo de causa e efeito com um dano já causado a alguém no trabalho e não verificações de meio ambiente do trabalho. A Justiça do Trabalho (CF, art. 114) é competente para julgar as controvérsias oriundas das relações de trabalho. Definir o que é meio ambiente do trabalho é atribuição da Justiça do Trabalho e não da Justiça Comum.

As ações têm por objeto uma variedade de pretensões, entre elas a cessação das irregularidades agressivas ao trabalhador, a instalação de equipamentos, a substituição de máquinas e até o fechamento de

um estabelecimento ou setor da empresa. O Ministério Público dos Estados é competente para agir na defesa do meio ambiente, mas não é quando se trata de questão entre empregado e empregador por força do disposto no art. 114 da Constituição Federal que atribuiu competência à Justiça do Trabalho para decidir essas questões. É competência do Ministério Público Estadual o acompanhamento das ações de acidentes de trabalho, pois para esse tipo de lide a Justiça do Trabalho não é competente.

Se o empregado sofre danos em decorrência de acidente de trabalho ou doença profissional, contanto que o empregador tenha incorrido em culpa ou dolo, além das reparações previstas nas leis acidentárias e trabalhistas, cabe, também, ação civil de indenização por perdas e danos. O seu fundamento é o art. 186 do Código Civil de 2002, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Uma lesão deformante por acidente de trabalho em empresa que não cumpriu os preceitos de segurança e medicina de trabalho, ou uma doença adquirida por empregado intoxicado em ambiente de trabalho por falta de cuidados da empresa na preservação da saúde dos trabalhadores, desde que evidenciada a culpa ou o dolo, são motivos para responsabilidade da empresa por danos, e a reparação é não apenas do dano em si, mas de todos os gastos com tratamentos enquanto vivo o empregado.

§ 52. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

Sumário: 1. Causas, natureza jurídica e âmbito de aplicação. 2. Outros aspectos.

1. Causas, natureza jurídica e âmbito de aplicação

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço substituiu a indenização e a estabilidade no emprego previstas pela CLT.

Ao instituí-lo em 1966, o legislador teve o cuidado de deixar a critério do trabalhador a escolha do regime jurídico que quisesse, dentre os dois existentes — o sistema da proteção por meio de dispensa sem justa causa efetivada antes de completar dez anos no mesmo emprego, ampliado com a aquisição do direito de estabilidade ao completar esse tempo de serviço, ou o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, caso em que não teria direito nem a referida indenização nem à estabilidade decenal. Os dois sistemas eram alternativos.

A Constituição Federal de 1988 modificou esse sistema alternativo, extinguindo a estabilidade decenal, criando em seu lugar uma indenização devida sempre que a dispensa do empregado for arbitrária (art. 7º, I). O texto da Constituição de 1967 (art. 165, XIII) previa indenização com estabilidade ou Fundo de Garantia, e o dispositivo correspondente na Constituição de 1988 (art. 7º, III) dá aos trabalhadores o direito apenas ao Fundo de Garantia tanto nos despedimentos arbitrários como nos sem justa causa, nos termos do art. 10, I, da Constituição de 1988.

Assim, o sistema legal de dispensa de empregados adotado pelo Brasil é o da livre dispensa. Quando não há um motivo subjetivo do empregado, pela nossa lei denominada justa causa, o empregador é obrigado a pagar-lhe uma indenização, que consiste nos depósito da sua conta do Fundo, com um acréscimo (CF, art. 7º, I, e Disposições Transitórias, art. 10).

Não há uniformidade na doutrina, sendo conhecidas as seguintes orientações:

a) *Teoria do tributo.* Os depósitos do Fundo de Garantia têm natureza tributária, mais precisamente, um tributo paralelo ao arrecadado pelo Estado como receita orçamentária, em face dos seus fins sociais, tendo como fato gerador o pagamento do salário ao empregado. Os especialistas em direito tributário sustentam a natureza parafiscal do Fundo de Garantia.

b) *Teoria da contribuição previdenciária.* É a tese sustentada por Gabriel Saad, para quem "o depósito bancário a que estão obrigadas as empresas é mais contribuição de caráter previdenciário do que indenização". Houve, realmente, um propósito inicial do legislador, não inteiramente solidificado, no sentido de revestir o Fundo de Garantia de caráter previdenciário, tanto assim que confiou a fiscalização do seu cumprimento ao INSS.

c) *Teoria da indenização.* O Fundo de Garantia, como substituto das indenizações de antiguidade do empregado, conservaria esse mesmo caráter e natureza jurídica.

d) *Teoria do salário diferido.* É salário depositado para utilização futura.

e) *Teoria da obrigação dualista.* As contribuições têm natureza fiscal e os depósitos levantados têm a natureza de salário social.

Houve transformações na legislação pertinente à matéria destinada a dar maior consistência ao sistema, que foi instituído com a Lei n. 5.107, de 1966, como *direito optativo* apenas dos trabalhadores que se manifestassem pelo Fundo, em lugar da indenização de dispensa sem justa causa ou da estabilidade adquirida ao completarem 10 anos de serviços efetivos para o mesmo empregador. Nesse sentido foi também a Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969,

art. 165, XIII, ao dispor: "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente". Modificada foi a sua natureza de direito optativo, para imposição legal geral, pela Constituição Federal de 1988, art. 7º, III, que o manteve como forma única de reparação ao empregado, suprimindo do texto anterior, acima indicado, a estabilidade e a indenização. Seguiu-se a Lei n. 7.839, de 12 de outubro de 1989, revogada pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

As disposições constitucionais de 1988 trouxeram alguns efeitos sobre o FGTS.

1) Desapareceram as opções e o sistema tornou-se geral e obrigatório quando antes o empregado podia decidir se o queria ou não.

2) O acréscimo devido pelo empregador quando despede sem justa causa para alguns é uma multa que reverte para o empregado. Agora, nitidamente, é uma indenização, uma vez que se destina provisoriamente a substituir a indenização do art. 7º, I, da Lei Magna (40% pagos pelo empregador que despedir sem justa causa, calculados sobre o montante dos depósitos por este efetuados em sua conta vinculada, mais 0,5% — Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001).

3) A retratação perdeu a finalidade com a unificação do regime do Fundo de Garantia. Não havendo mais opção, desaparece a retratação dessa opção.

O seu campo de aplicação inicialmente restrito a empregados urbanos que por ele optassem e a trabalhadores avulsos (Lei n. 5.107/66), facultado a diretores não empregados (Lei n. 6.919/81), passou a beneficiar o trabalhador rural (CF/88, art. 7º) e aquele que trabalha para tomador de mão de obra (Lei n. 7.839, de 1989, art. 13, § 2º, e Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990), considerado trabalhador, para efeito do Fundo de Garantia, "toda pessoa física que prestar serviço a empregador, a locador ou tomador de mão de obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime próprio", prevista, ainda, a sua aplicação aos trabalhadores domésticos, a critério do empregador doméstico (art. 15, § 2º), o que depende de iniciativa do empregador.

2. Outros aspectos

a) o valor dos depósitos do FGTS que o empregador efetuará corresponde a 8% da remuneração paga ao empregado em cada mês

mais a contribuição social de 0,5% (LC n. 110, de 2001); a empresa tomará por base a folha de pagamento, e o recolhimento dos depósitos é mantido nas suspensões remuneradas do trabalho decorrentes de doença, durante os quinze primeiros dias, gravidez e parto e outras em que os salários forem pagos, nas suspensões do trabalho não remuneradas para prestação do serviço militar e acidente do trabalho;

b) os saques só podem ocorrer desde que verificada uma entre as situações previstas pela lei, algumas durante o curso da relação de emprego, outras por ocasião da sua extinção por dispensa sem justa causa ou aposentadoria, nos seguintes casos: 1) dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, com culpa recíproca ou decorrente de força maior; 2) extinção da empresa, estabelecimento ou atividade, falecimento do empregador pessoa física, sempre que desse fato resultar rescisão do contrato;

c) aposentadoria concedida pela Previdência Social;

d) falecimento do trabalhador, caso em que o seu direito é transferido aos respectivos dependentes ou, à sua falta, sucessores;

e) pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento de habitação concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e desde que preenchidas algumas condições previstas em lei;

f) liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observados, também, requisitos legais;

g) pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, igualmente desde que atendidas certas exigências legais;

h) quando, a partir de 13 de outubro de 1989, a conta permanecer inativa, sem crédito de depósitos, por 3 anos ininterruptos;

i) término do contrato a prazo, inclusive de trabalhadores temporários;

j) suspensão total do trabalho avulso por no mínimo 90 dias;

k) por titulares das contas ou dependentes portadores de neoplasia maligna e titulares da conta portadores de síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS);

l) ocorrendo rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, caso em que este ficará obrigado a pagar diretamente ao

empregado, na hipótese de despedida sem justa causa, os valores não recolhidos do mês da rescisão e o anterior e o acréscimo acima explicado; passou o acréscimo, antes de 40%, a ser pago diretamente ao empregado (ADCT, art. 10, I, II), depois recolhido à conta vinculada do empregado (Resolução do Conselho Curador do FGTS); a Resolução CC/FGTS n. 28, de 6-2-1991, autorizou o pagamento direto como antes, e a Lei Complementar n. 110, de 2001, instituiu a contribuição social nas alíquotas acima mencionadas, recolhidas tanto a mensal de 0,5% como a de rescisão contratual de 10% na conta vinculada do empregado;

m) "é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia" (ETST n. 95);

n) a gestão do Fundo de Garantia, que era exercida pelo Banco Nacional da Habitação, com a extinção deste passou à Caixa Econômica Federal, segundo normas de um Conselho Curador;

o) as ações judiciais do empregado contra o empregador são da competência da Justiça do Trabalho, e as que forem movidas pelo interessado, contra o Fundo de Garantia, serão exercitadas contra o seu órgão gestor, a Caixa Econômica Federal, perante a Justiça Federal;

p) a fiscalização nas empresas quanto ao cumprimento das exigências legais sobre o Fundo de Garantia compete aos auditores fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego.

Capítulo XI

Tipos de contratos de emprego

§ 53. Contrato comum de emprego a tempo pleno e duração indeterminada

Sumário: 1. Aspectos do desenvolvimento na história. 2. Características. 3. Definição. 4. Sujeitos. 5. Causa e objeto. 6. Consentimento. 7. Provas da relação de emprego. 8. Renúncia, cessão e novação de créditos trabalhistas.

1. Aspectos do desenvolvimento na história

É o primeiro modelo de contrato individual de trabalho. Surgiu no início da nossa disciplina, quando a doutrina europeia procurava no direito civil figuras compatíveis para explicar a relação entre o operário e o dono da indústria.

Na Antiguidade, o trabalho, em grande parte, era executado por escravos cuja condição não era a de pessoa, mas a de coisa. Havia, na época, grande desestima pelo trabalho, considerado aviltante pelos gregos, um verdadeiro castigo dos deuses. O pensamento humano não compreendera, ainda, o verdadeiro sentido do trabalho, como motor que propulsiona o desenvolvimento das civilizações. Diante dessa situação social, as relações trabalhistas não se prestavam a um tratamento jurídico do tipo contratual, nem permitiam um relacionamento de mútuos deveres e direitos. Só existiam direitos para uns, os proprietários dos escravos, e deveres para os outros, os escravizados. A ilimitação de poderes dos primeiros sobre os segundos, portanto, era a característica desse período histórico.

Na Idade Média, principalmente, a servidão da gleba difundiu-se como a principal instituição trabalhista. Os trabalhadores eram considerados os servos da gleba, adstritos à área que cultivavam e à qual pertenciam (*membrum terrae*), vivendo com sua família e pagando uma renda, o feudo, em troca da proteção militar do senhor feudal. Este era absoluto no exercício dos poderes fundamentais do grupo social.

As corporações de ofício eram órgãos privados ou públicos, conforme variações de espaço e tempo. Reuniam mestres, companheiros e aprendizes, num unitarismo que aniquilava a livre iniciativa, uma vez que cabia à corporação impor as diretrizes fundamentais a que os corporados estavam submetidos. Todos os ofícios eram limitados e regulados pela corporação — como ensina Régis Jollivet[1]: "A corporação determina o número de mestres e autoriza a abertura de novas oficinas, impõe condições de estágio, exame, apresentação de uma obra perfeita etc.; determina processos de fabricação e monopoliza o mercado, sem admitir concorrências".

O absolutismo corporativo foi suprimido pela Revolução Francesa, por meio de uma lei (Lei Le Chapelier) que considerou as corporações incompatíveis com o ideal de liberdade do homem, princípio inspirador da nova ordem social instaurada a partir de 1789. As corporações foram extintas e em seu lugar nada se colocou. Permitiu-se que os homens regulassem diretamente as suas relações de trabalho, sem um organismo intermediário.

Destruídas as corporações de ofício, para que empregados e empregadores pudessem pactuar diretamente os seus acordos trabalhistas e fixar as condições de trabalho sem qualquer interferência exterior, surgiu a locação de serviços. Foi a primeira forma jurídica de relação trabalhista. Consistia no respeito total à liberdade volitiva do trabalhador e do empregador, que se obrigavam, um, a prestar serviços e, o outro, a pagar salários, porém sem outras implicações maiores quanto às circunstâncias em que isso se dava. O Estado não interferia. Havia, portanto, plena autonomia da locação de serviços na ordem econômica, jurídica e social, como um corpo solto no espaço, sujeito às suas

1. *Tratado de filosofia moral*, Ed. Agir, p. 355.

próprias determinações. Como o absolutismo das corporações foi substituído pelo arbítrio patronal, surgiu o proletariado e a questão social. Aos poucos cresceu no pensamento dos homens a convicção da necessidade de uma interferência do Estado para garantir condições mínimas em prol dos trabalhadores.

Coube à Revolução Francesa colocar a relação jurídica entre empregado e empregador na categoria da locação de serviços, com o princípio da liberdade contratual e a supressão das corporações de ofício. O sistema jurídico liberal instituído no século XVIII manifestou-se mediante diversos dispositivos legais rompendo com o *Ancien Régime*. Uma lei da França, de 17 de março de 1791, consagrando o novo princípio da liberdade de trabalho sem os entraves da corporação de ofício, assegurou, a toda pessoa, negociar no comércio ou exercer uma atividade profissional que julgasse boa. Essa autonomia, assegurada a todas as pessoas, para exercer uma profissão, arte ou ofício, segundo os seus critérios de contratação, também resultou da Lei Le Chapelier, de 17 de junho de 1791, das mais expressivas para a história do contrato de trabalho. Estabelecia a liberdade dos indivíduos de fixar a jornada de trabalho e o salário, sem a interferência das corporações.

Lei Le Chapelier: "Il faut remonter au principe que c'est aux conventions libres d'individu à individu de fixer la journée de travail pour chaque ouvrier, à l'ouvrier de maintenir la convention qui a été faite avec celui qui l'occupe. Quant au salaire, seule les conventions libres et individuelles peuvent le fixer".

Ressalta-se que a citada lei, pondo-se no sentido das aspirações da época, não só deu validade e força aos ajustes de vontade nas relações de trabalho como também tornou ineficaz a regulamentação coletiva.

Art. 2º: "Les citoyens de même état ou profession, entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer de président, ni de secrétaire syndic, tenir des registres, prendre des arrêts ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs".

Nessas condições, nenhum acordo coletivo podia interferir no nível das profissões e a única fonte de direito aplicável às relações de trabalho tornou-se a locação de serviços, mais tarde o contrato de trabalho, dela resultante. O Código Civil da França dava força de lei "às convenções legalmente constituídas". A força de trabalho era con-

siderada pela economia liberal uma mercadoria, sujeita à lei da oferta e da procura, portanto às suscetibilidades próprias da autonomia contratual e das disponibilidades de mercado.

No início dos estudos jurídicos sobre o contrato de emprego, na França, Paul Pic (1904) denominou contratos industriais — *contrats industriel* — aqueles entre patrões e empregados (*v. Traité élémentaire de législation industrielle*), subdividindo-os em três tipos, todos do setor industrial, que era o primeiro cenário das relações de emprego: a *locação de serviços,* que à época já tinha o nome de contrato de trabalho, a *locação de obras na indústria* e o *contrato de aprendizagem.*

Os juristas italianos da época distinguiam entre *locatio operis* (locação de obra) e *locatio operarum* (locação de serviços), este último o contrato entre patrão e empregado. Paul Pic já afirmava que na locação de serviços havia um traço diferenciador, uma certa subordinação do empregado ao patrão. Diferenciou as duas figuras a partir do objeto do contrato: na locação de obra executa-se uma tarefa determinada, enquanto o assalariado que presta serviços a tempo obriga-se a prestar todos os serviços da sua especialidade, pondo o seu talento à disposição do empregador. Quanto ao artesão, o contrato compatível era a locação de obra porque o artesão se ocupa a ele mesmo, para ele mesmo.

Borsi e Pergolesi (*v. Trattato di diritto del lavoro,* 1939) referem-se a contrato de trabalho subordinado (locação de obra) e contrato de trabalho autônomo, aquele parte de uma organização funcionando sob a direção de outrem, este representando um centro de gestão do trabalho. Distinguiram empregado de operário, aquele por exercer um trabalho predominantemente intelectual e este, um trabalho prevalentemente material.

Da insuficiência do contrato a tempo pleno e duração determinada surgiram situações nas quais a tipificação contratual dele teve que se afastar.

Formas diferentes do contrato entre operário e fábrica surgiram nas discussões iniciais do direito do trabalho.

Uma delas foi denominada *contrato de equipe*, no qual o contratante era a empresa e o contratado, uma pessoa física que trabalhava com um conjunto de pessoas que dirigia, como o maestro e sua orques-

tra. A irrelevância jurídica da questão encarregou-se de fazer com que desaparecesse. É que nessa situação ou há múltiplos contratos individuais com cada integrante do grupo — e não haveria razão para falar em contrato de equipe, mas sim em diversos contratos individuais, cada qual com a sua singularidade —, ou há o fenômeno que no direito do trabalho moderno se denomina terceirização, hipótese que como tal deve ser tratado.

Outra decorreu da necessidade da empresa em ter empregados por um período certo e não mais indeterminado, o que levou o direito do trabalho a trazer do direito civil a figura dos contratos a prazo já existentes no direito tradicional.

Na sociedade pós-industrial, as modificações no sistema de produção das empresas e o avanço da tecnologia levaram a teoria dos contratos de trabalho a ampliar os seus estreitos limites da unicidade tipológica contratual tradicional.

2. Características

O contrato comum de emprego é a tempo pleno porque o empregado cumpre jornada integral de 8 horas diárias ou 44 semanais, mais, nos casos em que isso ocorre, as horas extraordinárias. Portanto, tempo pleno é uma referência à jornada de trabalho padrão do operariado e dos empregados de muitos setores da atividade econômica.

Por duração indeterminada o que se deve entender é que o empregado foi admitido sem previsão do termo final do contrato, que vigerá até que se desconstitua por meio de uma das suas formas normais de extinção.

Uma das características da relação contratual de trabalho subordinado é a sua natureza *privatística*, porque não foi retirada do âmbito do direito privado, já que se trata de relação jurídica entre particulares, de um lado o empregado, pessoa física, de outro o empregador, pessoa física ou jurídica.

Ainda quando o Estado faz parte dela, o que ocorre nas ocasiões em que admite servidores no regime da CLT, não se descaracteriza essa situação. O Estado desce da sua posição para figurar no domínio privado como se fosse particular. Como frisa Arnaldo Süssekind, a inter-

venção do Estado nas relações individuais do trabalho, por meio de normas imperativas que impõem aos contratantes a observância de determinadas condições de proteção ao trabalho, não desloca a relação jurídica para o âmbito do direito público.

A segunda característica do contrato de trabalho é a *consensualidade*, significando a necessidade do assentimento verbal, escrito ou tácito para configuração do vínculo jurídico. Entenda-se que a relação de emprego prescindindo da vontade manifestada não dispensa, todavia, a concordância ou o desejo de trabalhar para determinada pessoa. Note-se, de outro lado, o declínio da autonomia da vontade, no contrato de trabalho, na proporção do gradativo aumento do intervencionismo estatal, fenômeno próprio da época e que não se confina aos limites da relação jurídica trabalhista.

Os aspectos pertinentes ao consentimento no contrato de trabalho são particulares no sentido de dispensar maiores formalidades na sua constituição.

Outro sinal distintivo do contrato de trabalho é a sua tendência manifesta no sentido de se constituir por mera *adesão* do trabalhador às condições de trabalho instituídas na empresa, quer pelo regulamento desta, quer por imposição do Estado. É muito pequena a margem que sobra para a livre estipulação de cláusulas contratuais. Somente quando mais favoráveis ao empregado é que podem ter validade. Todavia, embora diminuta, a esfera volitiva não desaparece.

Costuma-se dizer que o trato *sucessivo* é outra nota que caracteriza o contrato de trabalho. A sua execução em caráter continuado no tempo o distingue dos contratos denominados instantâneos, isto é, aqueles que se exaurem num só momento. Um exemplo de contrato instantâneo é a compra e venda. Nem só o contrato de trabalho é de trato sucessivo. Também a locação de imóvel o é. Como as partes se obrigam entre si (*sinalagma*) visando à satisfação de prestações recíprocas, o contrato de trabalho é *sinalagmático*. No entanto, não se deve, com isso, entender que há uma correspectividade completa ou plena porque a retribuição, que é ônus do empregador, pode ser paga em determinadas situações nas quais não há a contraprestação do trabalhador por se tratar de férias, repouso semanal e dos feriados e interrupções do contrato de trabalho.

A *sinalagmaticidade* também está presente no contrato de emprego, como em vários outros tipos contratuais de direito comum, mas não com o mesmo rigor dos contratos de direito comum em certos aspectos — caso dos salários do empregado que nem sempre guardam uma relação absoluta com o trabalho prestado, já que há interrupções do trabalho obrigatoriamente remuneradas por força de lei.

3. Definição

A figura que estudamos é denominada, também, *contrato de emprego*, *relação de emprego*, *relação de trabalho* etc. *Contrato individual de trabalho* é a expressão acolhida pela maioria dos autores. Foi usada em 1815 por Hubert-Valleroux e em 1896 por Fabreguettes, como título de livro, substituindo a antiga expressão *locação de serviços*, ainda encontrada hoje em algumas leis civis para designar uma relação de trabalho com autonomia, sem subordinação.

No Brasil, a Lei de 13 de setembro de 1830 regulava o "contrato por escrito sobre *prestação de serviços* feitos por brasileiro ou estrangeiro dentro ou fora do Império". Depois, a Lei de 11 de outubro de 1837 disciplinava o "*contrato de locação de serviços* de estrangeiros". A denominação "contrato de trabalho" apareceu na Lei n. 62, de 5 de junho de 1935. A CLT adota a expressão "contrato individual de trabalho", mas não o define, limitando-se a dispor que o "contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego" (art. 442).

Há definições *subjetivistas*, que partem da natureza dos sujeitos; *objetivistas*, que destacam o objeto do vínculo; *legais*, quando declaradas em textos de lei; e *doutrinárias*, quando elaboradas pelos doutrinadores.

A definição depende da posição do intérprete em face do problema da natureza do vínculo.

Definimos contrato de emprego como a *relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado*.

4. Sujeitos

São sujeitos da relação jurídica de trabalho subordinado típico o empregado, pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual, e o empregador, destinatário da atividade e seus resultados, dirigindo-a em decorrência do poder de organização, de fiscalização e de disciplina que lhe é conferido.

Discute-se, doutrinariamente, se os *diretores de empresas*, em especial de sociedades anônimas, são empregados, questão examinada no item destinado ao estudo do *pessoal de alta direção*.

A compatibilidade entre a qualidade de *empregado* e de *sócio* da mesma empresa tem encontrado afirmações como a de Arnaldo Süssekind, segundo o qual pode o contrato de trabalho coexistir com o de sociedade, e a qualidade de sócio da pessoa jurídica, proprietária da empresa em que o empregado trabalha, não desfigura, em princípio, o respectivo contrato de trabalho. Acrescenta que essa compatibilidade deve ser admitida como regra, sem constituir um princípio absoluto, enquanto a natureza da sociedade ou a intensidade da participação do sócio na sua gestão podem determinar uma incompatibilidade. A posição do acionista de uma sociedade anônima ou a de um cotista de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada é bem diversa da que concerne ao integrante da sociedade em nome coletivo. Naquelas, sua responsabilidade não ultrapassa o valor das ações ou cotas subscritas; nesta, os sócios são solidária e ilimitadamente responsáveis por todas as operações sociais. Também quando o número de ações ou o valor das cotas pertencentes ao sócio tornam realmente efetiva sua participação no comando da empresa, Süssekind entende que surge a incompatibilidade entre o contrato de sociedade e o de trabalho.

Délio Maranhão sustenta que nas sociedades em nome coletivo a qualidade de sócio exclui logicamente a de empregado.

Paolo Greco entende que, embora podendo o empregado ser sócio da empresa sem descaracterização da sua condição de empregado porque a empresa tem personalidade jurídica própria, desde que ele assuma na sociedade uma posição dominante, tornar-se-á incompatível esta situação com o estado de subordinação própria do empregado.

De Litala ensina que a sociedade é um ente coletivo separado e distinto da pessoa dos sócios e que a condição de empregado não é

juridicamente concebível quando a mesma pessoa reúne em si a dúplice qualidade de principal e de subordinado.

Convém registrar que na doutrina italiana expressivos juristas afirmam que entre uma sociedade e os seus sócios pode instaurar-se uma relação de trabalho subordinado, entre os quais Privitera (*Il contratto d'impiego privato*), Greco (*Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 151), Napoletano (*Il lavoro subordinato*), Sinagra (*Istituzioni di diritto del lavoro*), Di Marcantonio (*Appunti di diritto del lavoro*) etc.

Os Tribunais, no Brasil, têm enfrentado algumas questões semelhantes. "A subscrição de cotas numa empresa, numa sociedade, não tira a qualidade de empregado, porque é juridicamente compatível a condição de empregado e a de cotista ou acionista" (Acórdão TST, in Süssekind, *Comentários*, v. 1, p. 126). "O empregado que adquire algumas cotas da sociedade empregadora não perde o seu estado" (Ac. 1.779/65, TRT, 1ª Reg., *LTr*, *30*:566).

A condição de sócio, de qualquer tipo societário, gera a presunção da incompatibilidade com a condição de empregado, porque sócio recebe dividendos e não salários; se o administrador tem *pro labore* e pelo fato de administrar, comanda o trabalho dos empregados e não é comandado, sócio é, portanto, um empresário porque exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (CC, art. 966), não se enquadrando a sua situação típica de empregado (CLT, art. 3º), uma vez que não é pessoa física que presta serviços a empregador sob a dependência deste e mediante salário, nem mesmo é o empregador, mas parte de um contrato de sociedade. Desse modo, em se tratando de sociedade regularmente constituída e estando definida nela a posição do sócio como tal, não se configura relação de emprego diante da manifesta incompatibilidade entre as duas situações, a de sócio e, ao mesmo tempo, a de empregado da sociedade de que é sócio, nem é viável, como regra, a coexistência dos dois tipos de contratos porque o de sociedade absorve o de emprego.

Desse modo, ser empregado prejudica a condição de sócio, nos casos em que a sociedade foi criada para desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação da legislação trabalhista (CLT, art. 9º), mas se assim o for não coexistirão as duas situações, mas apenas uma, a de empregado.

Podem coexistir as situações de empregado e de mandatário da mesma empresa?

Süssekind sustenta que não desnatura o contrato de trabalho o desempenho de um mandato, apenas demonstra o caráter de confiança do cargo exercido pelo empregado. O mandato, assim, não é inconciliável com o contrato de trabalho.

Frisa Délio Maranhão que o mandatário assume, por força do mandato, uma obrigação de fazer, que se traduz em prestação de trabalho. Como contrato de trabalho não se caracteriza por um conteúdo específico, qualquer obrigação de fazer, desde que prestada com subordinação, àquele em favor de quem é realizada, revela um contrato de trabalho. O mandato, assim, pode ou não importar num verdadeiro contrato de trabalho, conforme seja, ou não, executada a obrigação com caráter de subordinação jurídica.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "o mandato e o contrato de trabalho podem coexistir na mesma pessoa. A qualidade de empregado, em geral, abrange a de mandatário; quando pratica atos para ou em proveito do patrão, aparece o empregado; quando assina e realiza ato jurídico, surge o mandatário. Será empregado, quando trabalha com exclusividade, permanentemente, para uma empresa ou dela obtenha seu principal meio de subsistência e exista a subordinação hierárquica ou jurídica" (Acórdão 2ª T., 31-1-1955, in Süssekind, *Comentários*, v. 1, p. 107).

A decisão acima transcrita mostra, também, que as duas situações se contrapõem, uma vez que o mandatário, se agir como tal, com autonomia, no pleno exercício da outorga, não será empregado diante da autonomia, e se trabalhar mediante subordinação, embora com procuração, não será procurador, no sentido do contrato de mandato (CC, art. 653), mas empregado, diante da subordinação, condição que absorverá a de mandatário, uma vez que haverá mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses, de modo oneroso ou gratuito, estando o mandatário obrigado, inclusive, a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua (CC, art. 667). O que se conclui é que o empregado pode ter procuração do empregador, sem isso descaracterizar a relação de emprego, mas a condição pura de mandatário não se confunde com a de empregado e a prejudica, à falta de trabalho subordinado para outrem.

O estudo dos sujeitos do contrato de trabalho leva ao da capacidade dos sujeitos, que traz a questão da idade mínima para se empregar no Brasil: 16 anos, salvo na condição de aprendiz, cuja idade mínima é 14 (CF, art. 7º, XXXIII). Essa questão é examinada em outro item.

O prestador de trabalho é uma pessoa física, mas o empregador será uma pessoa física ou jurídica ou uma organização dotada de subjetividade jurídica.

Quanto ao empregador, por se tratar de uma pessoa jurídica, assim compreendida, também, diante do novo Código Civil, a sociedade empresária, não há que se falar em regras de capacidade para figurar como sujeito do contrato de trabalho porque este será o empregador. Porém, em se tratando de empregador pessoa física, como ser empregador é um ato jurídico regido pelo direito empresarial ou pelo Código Civil, prevalecem as mesmas regras que autorizam ou proíbem alguém de exercer a atividade empresarial.

A natureza pública do empregador não o descaracteriza como tal se contrata alguém pela legislação trabalhista, caso em que estará submetido à mesma regulamentação jurídica aplicável aos empregadores do setor privado por se tratar de empregado público.

5. Causa e objeto

Entendendo-se por causa, como Luigi Ferri[2], o escopo ou fim aparentemente desejado pelas partes por meio do contrato, portanto o bem econômico-social que têm em vista, a causa da relação de emprego é, para o empregado, o *salário* e outras garantias trabalhistas, e, para o empregador, o *trabalho* e os *resultados* da atividade do empregado.

Causa não se confunde com objeto, pois este é o modo ou tipo de trabalho que é prestado; no caso da relação de emprego, o trabalho subordinado não eventual. No entanto, há leis que não fazem essa diferença.

A diferença entre causa e objeto é posta, também, por Palomeque Lopes e De la Rosa, em *Derecho del trabajo* (2000). Para os renoma-

2. *Lezioni sul contratto*, Bologna, Patron Ed., 1975, p. 33.

dos autores espanhóis, a causa do contrato de trabalho será para o trabalhador obter o salário e para o empresário obter os correspondentes serviços prestados pelo empregado, portanto, a razão de ser do contrato de trabalho, a sua função, para ambas as partes, econômica e social, enquanto objeto, é a atividade prestada e recebida, e que deve ser lícita, possível e determinada.

Quanto aos efeitos do objeto ilícito, o tema já foi examinado.

6. Consentimento

Diz-se que houve constituição expressa do contrato de trabalho quando as partes, literalmente, de modo inequívoco, manifestaram a vontade no sentido de o trabalhador desejar oferecer a sua atividade, e o empregador, o propósito de contar com o trabalho que alguém pretende prestar-lhe. Portanto, a vontade exteriorizada de modo claro, indubitável e consciente, para o fim de estabelecer uma situação de emprego, é a característica fundamental da forma expressa de constituição do contrato de trabalho.

De duas maneiras diferentes tal poderá ocorrer.

A primeira é a *forma escrita*, mais utilizada nos casos de empregados de categoria elevada e obrigatória em outras hipóteses. Necessariamente escritos serão o contrato de marítimos, de artistas, de atletas profissionais, de aprendizagem e o contrato a prazo determinado, este, apesar do silêncio da lei, pela própria natureza de que se reveste, exigindo uma comprovação judicial, nos casos de controvérsia.

Certas condições de trabalho, como o acordo de compensação de horas, a prestação de horas extraordinárias e a permissibilidade de descontos por danos culposos acarretados pelo empregado, também só se revelam mediante forma escrita.

A segunda forma expressa de constituição do contrato de trabalho é a *verbal*. Configura-se quando entre o trabalhador e o empregador, diretamente ou por meio de terceiros representantes, existe declaração de vontade manifestada oralmente.

Não será preciso combinar detalhes. Basta que ajustem o emprego. Ainda que nada mais falem, ao trabalhador estarão garantidas as normas

mínimas de proteção previstas no direito do trabalho, como se elas tivessem sido objeto de ampla discussão. Justifica-se a forma verbal porque, em determinados setores da economia, as condições das partes são de tal modo que difícil seria a exigência de contratação escrita.

O ato introdutório do vínculo é ainda *tácito*.

Nesse caso, a manifestação da vontade das partes se faz não mediante declaração expressa, mas implícita no comportamento. Se alguém permite que outrem preste serviços remunerados e subordinados em seu benefício e continuadamente, é desnecessária a existência de um documento dizendo que há relação de emprego ou mesmo da comprovação de que houve trato verbal, porque o comportamento de ambos é suficiente para revelar a intenção que os moveu.

7. Provas da relação de emprego

Prova é a demonstração convincente da existência do contrato e das suas cláusulas. Necessária se faz em especial perante órgãos administrativos ou judiciais. Visa, portanto, a facilitar a ação da autoridade pública e assegurar ao empregado meios de reconhecimento dos direitos que poderá exigir.

Houve época na qual a palavra do patrão e de seus familiares era suficiente. O Decreto Imperial n. 2.318, de 22 de dezembro de 1858 (Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas), dispunha que, nas ações salariais não excedentes de certo valor (trinta mil-réis), "basta para a absolvição do amo seu juramento a respeito da paga, uma vez que em substância deponham alguns dos outros familiares que a viram fazer".

O contrato escrito prova a existência da relação de emprego e as cláusulas ajustadas expressamente pelas partes. As cláusulas prejudiciais ao empregado ou contrárias às normas jurídicas serão ineficazes. Assim, de nada adiantaria, por exemplo, um contrato escrito estabelecendo a renúncia do empregado ao salário mínimo. De outro lado, sempre que as condições objetivas e concretas da prestação de serviços forem diversas das cláusulas escritas, pode-se constituir pela reiteração um ajuste tácito que prevalecerá sobre a letra do contrato, modificando-

-o, portanto. Cartas, recibos, envelopes de pagamento, vales, acordos escritos de compensação de horas, fichas de registro de empregados, pedidos de demissão, quitações também.

Meio frequente de prova de relação de emprego na Justiça do Trabalho são os depoimentos de testemunhas. Além da própria existência da relação de emprego, as testemunhas são admitidas também para esclarecer as condições em geral do trabalho, como antiguidade, horário, despedimento etc.

Há leis, de outros países, que estabelecem uma presunção da existência da relação de emprego sempre que alguém trabalhar para outrem, cumprindo ao tomador do serviço, no caso de configuração de outro tipo de contrato que não o de emprego, demonstrar a que título o faz. É o caso do Código do Trabalho de Portugal, que entrou em vigor em 2003 e dispõe em seu art. 12: "Presume-se que as partes celebraram um contrato de trabalho sempre que, cumulativamente: a) O prestador de trabalho esteja inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as orientações deste; b) O trabalho seja realizado na empresa beneficiária da actividade ou em local por esta controlado, respeitando um horário previamente definido; c) O prestador de trabalho seja retribuído em função do tempo despendido na execução da actividade ou se encontre numa situação de dependência econômica face ao beneficiário da actividade; d) Os instrumentos de trabalho sejam essencialmente fornecidos pelo beneficiário da actividade; e) A prestação de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto, superior a 90 dias".

O consentimento confunde-se com o *acordo* entre as partes para que o vínculo jurídico se estabeleça.

Duas questões devem ser aqui estudadas, a *forma do consentimento* e os *vícios de consentimento*.

O consentimento é *verbal* ou *escrito*, sendo essas as duas mais comuns formas de constituição do acordo, especialmente a primeira. Porém, também é eficaz o consentimento tácito.

É possível exigir a constituição *opus iudicis* do contrato de trabalho? A constituição não, mas a manutenção sim, nos casos de estabilidade. A constituição, entendida como a exigência de admissão pelo empregador, nem mesmo nos casos de quotas legais asseguradas para

determinados tipos de pessoas, como as portadoras de deficiência física, a serem preenchidas por pessoas nessa situação e não por uma específica e determinada pessoa, não pode ser exigida porque o início do contrato de trabalho coincide com o começo da relação de emprego, que é a prestação de serviços, antes da qual podem surgir danos, reparáveis como são todos os danos materiais e morais, indenizáveis; no entanto, não correspondentes a direitos trabalhistas que surgem, como a efetiva execução do contrato. Os tratos preliminares descumpridos geram o direito de reparação civil se ainda não está iniciada a relação de emprego. Pode haver, até mesmo, o que é raro, um contrato preliminar. Nessas situações e havendo um dano, a reparação é devida.

Há hipóteses nas quais o consentimento não basta para o início do contrato de trabalho, quando o trabalho depende de autorização administrativa, como no caso de estrangeiro que necessita de visto definitivo para trabalhar no país.

Como o consentimento deve ser manifestado livremente, são aplicáveis e reconhecidas no direito do trabalho as modalidades de vícios de vontade que também invalidam os atos jurídicos de direito comum, o *erro, dolo, coação, simulação* e *fraude*, como demonstra com clareza Camerlynck[3].

Embora não frequentes, há erros de anotação de carteira de trabalho do empregado quanto ao salário, data de admissão etc. Certos atos podem ser praticados não por erro, mas por dolo, tanto do empregado como do empregador. Camerlynck exemplifica com o empregado que falsifica a sua qualificação para obter emprego.

Quanto à coação, o aspecto mais relevante consiste em saber até que ponto a subordinação em que se acha o empregado pode confundir-se com a coação econômica. A questão tem sido tratada de modo a concluir-se que, apesar da limitação que o empregado sofre em decorrência da subordinação, esta, por si, não é suficiente para viciar, por coação, os atos por ele praticados. Não é aceita a tese da coação econômica como resultante natural desqualificadora da validade de atos jurídicos praticados pelo empregado. A ação física evidentemente tem efeitos que os invalidam.

---

3. *Traité de droit du travail;* contrat de travail, Paris Dalloz, 1968, v. 1, p. 134.

A simulação é passível de ser praticada para o fim de aparentar uma relação de emprego inexistente; especialmente para fins previdenciários.

A fraude surge sempre que são praticados atos nos quais uma parte é induzida pela outra ao engano que a prejudica. A fraude na documentação trabalhista é um exemplo, como se verifica no caso de recibos de salários.

A teoria dos vícios de consentimento deve ser aplicada em função do sentido das normas protecionistas. A teoria das nulidades, que a completa, também é específica, uma vez que na relação de emprego as partes não podem ver restituída a situação inicial, já que o trabalho está definitivamente prestado.

8. Renúncia, cessão e novação de créditos trabalhistas

Deixamos para análise mais detida o problema da *renúncia* de direitos pelo empregado, conceituada por Galantino (*Diritto del lavoro,* 2001*, editio minor*) como um negócio jurídico unilateral voltado para a redução de um direito subjetivo por seu titular, no que se distingue da transação, que é ato bilateral de recíprocas concessões.

A lei brasileira não explicita se a renúncia de direitos trabalhistas é permitida. Considera nulo o ato destinado a impedir, fraudar ou desvirtuar a aplicação dos seus preceitos (CLT, art. 9º), mas não tem uma regra expressa como a do direito mexicano, que considera ineficaz a "renúncia por parte do trabalhador de qualquer dos direitos ou prerrogativas consignadas nas normas de trabalho".

A omissão da nossa lei não pode levar à conclusão de que a renúncia está situada no âmbito do poder negocial das partes, tese que, uma vez admitida, ampliaria demasiadamente a autonomia da vontade, gerando toda sorte de abusos em prejuízo do trabalhador. A posição do trabalhador no contrato individual de trabalho é desnivelada daquela que ocupa o empregador, e a sua sujeição ao poder de direção deste o exporia a renúncias fictícias, mas sem correspondência com o verdadeiro interesse do empregado.

Em consequência, a doutrina brasileira coloca-se numa posição restritiva, sustentando, como regra geral, a *irrenunciabilidade dos di-*

reitos pelo empregado, sendo essa a posição de Dorval Lacerda[4], Arnaldo Süssekind e outros[5], Délio Maranhão[6] etc., com atenuações.

A regra atende aos fins do direito do trabalho mas, como toda regra geral, é passível de exceções, que neste caso devem ser limitadíssimas.

Convém examinar hipóteses diferentes, classificando-as em renúncias *prévias* à admissão do empregado, na *vigência* do contrato de trabalho e na sua *extinção*. Quanto às primeiras, as renúncias manifestadas antes mesmo que o vínculo de emprego se estabeleça, como a assinatura de documento pelo empregado abrindo mão do 13º salário, nenhuma é a sua eficácia, e é possível concluir mesmo que a irrenunciabilidade é a regra que disciplina os atos introdutórios da relação de emprego. Não fosse assim, nenhum empregado seria admitido sem antes renunciar. A validade da renúncia na vigência do contrato tem sido tolerada em alguns casos. A renúncia no curso do contrato individual de trabalho, o que para alguns doutrinadores põe em discussão a diferença entre indisponibilidade e irrenunciabilidade, aquela o ato durante o contrato de trabalho e esta na origem contratual ou na sua extinção, padece dos mesmos defeitos e merece os mesmos cuidados porque o empregado está, do mesmo modo que na admissão no emprego, submetido ao poder diretivo. Quanto à renúncia na extinção do contrato de trabalho ou logo após, convém distingui-la da conciliação, extrajudicial ou judicial, porque a renúncia é prática isolada do empregado perante o empregador, enquanto a conciliação é ato bilateral praticado perante um órgão, o que afasta, em princípio, a possibilidade de defeito do ato jurídico ou faz gerar a presunção da sua inexistência.

Não se confunde a renúncia, que é negócio jurídico unilateral, com a *transação*, que é bilateral com ônus recíprocos, e com a *inação*, que é o mesmo que renúncia tácita, como na decadência ou prescrição.

Deve pesar na apreciação do ato a condição pessoal do empregado, se de alta, média ou baixa qualificação hierárquica, bem como a

4. *A renúncia no direito do trabalho*, Max Limonad, s.d., p. 132.

5. *Instituições*, cit., p. 159.

6. *Direito do trabalho*, Rio de Janeiro, FGV, 1966, p. 26.

forma, se escrita ou verbal, como ainda a fonte do direito que está sendo renunciado, se legal, convencional ou judicial.

No direito italiano há um prazo decadencial de 6 meses (CC, art. 2.113), a contar da cessação da relação de emprego, para a impugnação da renúncia ou da transação.

Em nosso direito positivo, a transmissão de créditos é prevista por diversos meios, inclusive a *cessão de crédito* autorizada pelo Código Civil de 2002, art. 286, segundo o qual "o credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor".

A lei trabalhista brasileira não tem nenhum dispositivo vedando a cessão de crédito pelo trabalhador. Há uma norma genérica tutelar (CLT, art. 9º), que considera nulo todo ato destinado a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista. Os créditos trabalhistas são personalíssimos e como tal não devem ser cedidos. Com base neste dispositivo, entende-se que é vedada a renúncia de direitos trabalhistas. A jurisprudência, para determinados casos, é literal, como a STST n. 276, segundo a qual "o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado".

Convém distinguir as situações. Quando parte da doutrina sustenta que o crédito trabalhista não pode ser cedido, refere-se não a todos os créditos trabalhistas, mas, apenas, aos *créditos de natureza salarial* e no curso do contrato individual de trabalho. Não se está referindo aos créditos não salariais pagos na extinção do vínculo de emprego. O direito do trabalho admite, com restrições, a renúncia dos créditos trabalhistas, que é mais do que a cessão, desde que se verifique no momento ou após a rescisão do contrato individual de trabalho.

Basta ver, nesse sentido, o magistério do Ministro Arnaldo Lopes Süssekind (in *Instituições de direito do trabalho*, em coautoria com Segadas Vianna e Délio Maranhão, 1993, v. 1, p. 209): "Tais renúncias — no momento ou depois da cessação do contrato de trabalho — têm sido apreciadas pela jurisprudência brasileira com menos restrições do que as ocorridas nas demais fases da relação de emprego. Nesse sentido, aliás, doutrinou o insigne e saudoso Oliveira Viana, ao salientar que as nulidades referentes às renúncias por ocasião da celebração do contrato de trabalho e durante a execução dele nem sempre ocorrem

quando a renúncia é feita por ocasião ou depois da dissolução do contrato. Neste caso, satisfeitas que sejam certas condições de liberdade de vontade, é lícito ao empregado renunciar, desde que se trate de direitos já adquiridos, isto é, já incorporados ao patrimônio em consequência ou por força de lei".

Cessão e novação não se confundem. Se quanto a esta seria viável concluir que a natureza originária do crédito se desconfigura, naquela não ocorre o mesmo. Como ensina Washington de Barros Monteiro (in *Curso de Direito Civil*, Direito das Obrigações, 1ª Parte, 1977, p. 294), a novação *é extintiva*: "Define-se como 'a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira'. É a substituição de uma dívida por outra, eliminando-se a precedente. Esse o seu conteúdo essencial, aliás, duplo: um *extintivo*, referente à obrigação antiga; outro *gerador*, relativo à obrigação nova. Não existe, pois, tão somente, uma transformação; o fenômeno é mais complexo, abrangendo a criação de nova obrigação, que se substitui à antiga".

Outra, no entanto, é a estrutura da *cessão*. O mesmo festejado civilista ensina que (p. 345) "desde que se opere uma cessão, implícita se torna, também, a transferência dos direitos correspondentes à sua cobrança judicial". A obrigação não se transforma com a cessão. Mantém-se do modo como foi constituída, passando o novo credor a ter os mesmos direitos e privilégios para a sua cobrança.

§ 54. Contratos especiais de emprego

Sumário: 1. Introdução.

1. Introdução

Considera-se contrato especial de emprego aquele que segue modelo diferente do contrato a tempo pleno e duração indeterminada.

Os fatores que o caracterizam decorrem de uma diversidade de causas, umas pertinentes à esfera do empregado, entre as quais o sexo, a idade e a profissão, outras, às necessidades da empresa, outras, ainda, aos interesses comuns do empregador e do empregado, como a verificação da experiência do empregado, a conveniência do emprego, o local em que os serviços serão executados ou o conhecimento da função para a qual o empregado se qualifica.

As denominações que esse aspecto do direito do trabalho recebe não guardam uniformidade. Nelson Mannrich (1999) escreveu sobre *A retipificação do contrato de trabalho* e sobre *A modernização do contrato de trabalho* (1997). Robortella também escreveu sobre *O moderno direito do trabalho* (1994). Alice Monteiro de Barros (2001) estudou os *Contratos e regulamentações especiais de trabalho.* Sônia Mascaro (2002) escreveu sobre a *Flexibilização do horário de trabalho,* tema a que também se dedicou Ciro Pereira da Silva (1997) em *Jornada flexível de trabalho.*Todos esses estudos são indicativos de construções contratuais fundadas na legislação e que abordam o que, para mim, é um novo tipo de contrato de trabalho. São contratos diferentes

do pactuado tempo pleno. Por tal motivo são *contratos especiais,* como o são, também, os *contratos a prazo,* porque também diferem do contrato comum por tempo indeterminado para atender a serviços transitórios, atividade empresarial transitória ou a realização de uma obra.

A *natureza* de algumas profissões também é causa da especialidade do contrato numa perspectiva bastante diferenciada, que abrange, além do operário de fábrica e o empregado do setor de serviços, diversos tipos de profissões, como as do bancário, ferroviário, motorista, aeronauta e tantas outras atividades, o que deixa claro que coexistem um contrato comum e variados contratos especiais de trabalho.

As modificações do processo produtivo também influem nessa questão.

§ 55. Contrato de experiência

Sumário: 1. Natureza do tempo de experiência. 2. O tempo de experiência como contrato. 3. O tempo de experiência como fase do contrato definitivo. 4. Repetição da experiência.

1. Natureza do tempo de experiência

A lei faculta, ao empregador, a admissão do empregado por um período determinado, destinado à verificação das suas aptidões para a função, findo o qual haverá ou não a continuidade da relação de emprego, situação essa que na doutrina tem mais de uma caracterização, o que pressupõe o estudo da questão. Portanto, permite que durante certo tempo, evidentemente limitado, tenham as partes da relação de emprego a oportunidade de um conhecimento mútuo mostrado concretamente em pleno exercício da função e não dependente apenas das frias informações curriculares ou outras destinadas a esse mesmo fim nem sempre suficientes para que se saiba sobre quem está sendo admitido e onde o trabalhador vai trabalhar.

A questão permite pôr em discussão alguns aspectos jurídicos que serão, de modo simplificado, expostos, a começar pela determinação da natureza jurídica da figura que está sendo avaliada, uma vez que há duas concepções básicas, a que a considera um *contrato* e a que a reputa *período integrante de um mesmo e único contrato* de trabalho[1].

1. Miguel José de Almeida Pupo Correia, Da experiência no contrato de trabalho, Coimbra, 1970, separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,*

A experiência é um vínculo de emprego e, em caso afirmativo, de que natureza? É parte inicial de outra relação jurídica mais ampla? Seria um período de experiência dentro do contrato de trabalho? Terminado esse período, transforma-se, no caso de permanência do empregado, em contrato a prazo indeterminado, ou esse período, desde o início, é um contrato autônomo, com características próprias, o contrato de experiência?

2. O tempo de experiência como contrato

Predomina o entendimento de que se trata de um contrato. É a *teoria do contrato* que não tem unidade jurídica com o contrato definitivo a tempo pleno e duração indeterminada.

Aprovada a experiência inicia-se outro contrato, o principal, e o contrato de trabalho que o segue por prazo indeterminado, mantendo cada um a sua independência, de tal modo que não estariam relacionados entre si por um liame de continuidade, a não ser para que o tempo de duração do contrato de experiência, quando o empregado permanece na empresa, venha a ser somado ao segundo contrato para todos os efeitos legais.

Aceita a premissa de que a experiência é um contrato, surge a segunda questão. Qual é o tipo de contrato? Não há unanimidade.

É um *contrato preliminar* (Tofoleto e Coviello) dirigido à futura celebração de um contrato definitivo, tese que recebe crítica de que não há obrigação das partes em fazer o contrato "principal", que tanto poderá existir como não, daí por que não é correto falar em contrato preliminar de outro que inexiste.

É um *contrato especial* (Greco e Assanti) com características próprias, condicionado a uma experiência e que tem como características um termo máximo de duração, a faculdade das partes em rescindi-lo antes do término, sua transformação automática em contrato definitivo ao seu fim e a desnecessidade de aviso prévio. É um *contrato com*

---

v. 18, supl.; Guido Zangari, *Il contratto di lavoro com clausola di prova,* Milano, Giuffrè, 1965; Tofoleto, Il periodo di prova nella giurisprudenza, *Rivista di Diritto del Lavoro, 2*: 656, 1927.

condição suspensiva (Barbero). É um *contrato de termo final certo* (Saracini), desnecessário o aviso prévio na rescisão antecipada. É um contrato que dá azo ao potestativo poder de rescisão pelo empregador quando o empregado não provar aptidões (Riva Sanseverino) sem possibilidade de contestação da validade da dispensa pelo empregado — sempre preservado o direito do empregado em dá-lo por rescindido a qualquer momento. É um contrato sujeito a *condição suspensiva potestativa* (De Litala). É um *contrato condicionado* (Barassi).

A CLT (art. 443) incluiu o contrato de experiência como uma das modalidades do gênero dos contratos a prazo, com a redação do Decreto-lei n. 229, de 1967. Em face da lei brasileira, a experiência faz nascer um contrato independente do principal, a termo certo, com tratamento igual ao dos demais contratos a prazo, inclusive para fins de direitos do empregado.

Fixou também o prazo máximo de duração de 90 dias (art. 445, parágrafo único), justificando-se a limitação diante da desnecessidade de prazo maior. Pode, todavia, questionar-se o limite da lei brasileira no caso de algumas funções que exigem tempo maior para a empresa conhecer as verdadeiras aptidões técnicas do empregado. Na Itália o prazo é de seis meses.

Qual é o tratamento jurídico previsto para a extinção do contrato sem a permanência do empregado na empresa?

Há que se distinguir situações. Se a *rescisão é antecipada*, assim considerada a dispensa do empregado pelo empregador ou o pedido de demissão, subdividem-se as hipóteses. Na dispensa com justa causa ficam prejudicadas as verbas rescisórias. Na dispensa sem justa causa, as verbas rescisórias são devidas, menos o aviso prévio, incabível nos contratos a prazo determinado.

Se o empregado pede demissão, estará dando por rescindido o contrato de trabalho por sua iniciativa e, como o fez antes do prazo final, terá direitos reduzidos, sendo os mesmos do pedido de demissão de todo empregado.

Atingido o termo final entre as partes, pode haver prorrogação? A STST n. 188 dispõe que "o contrato de experiência pode ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 dias". Portanto, a extensão além desse prazo o transforma, automaticamente, em contrato por

prazo indeterminado, ultrapassado o limite máximo legal da sua duração, mas dentro desse limite é válida a prorrogação.

Pode o contrato de experiência ter cláusula de aviso prévio? Não deve e seria incompatível com a sua natureza, que sugere a simplificação da sua rescisão, mesmo durante a sua duração, sem a obrigação de pré-avisar por qualquer das partes, mas se desavisadamente um contrato escrito de experiência tiver cláusula de aviso prévio, é aplicável a STST n. 163, segundo a qual "cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT". Este texto, por sua vez, declara que "aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado", o que significa que a inserção da cláusula de aviso prévio terá o efeito de transformar a natureza jurídica do contrato de experiência que será, nesse caso e por sua força, na rescisão antecipada, regido pelas mesmas regras aplicáveis aos contratos por prazo indeterminado. Como a concessão do aviso prévio pelo empregador faz supor a inexistência de justa causa do empregado, a este, na hipótese em exame, são assegurados os mesmos direitos de todo empregado dispensado sem justa causa nos contratos por prazo indeterminado.

Há *suspensão ou interrupção* do contrato de experiência no caso de uma das situações que uma vez ocorridas determinam, nos contratos por prazo indeterminado, esses efeitos? Não há em nosso ordenamento jurídico uma regra precisa para o contrato de experiência, mas há para o contrato por prazo determinado, do qual é uma espécie. É o art. 472, § 2º, segundo o qual "Nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se assim acordarem as partes interessadas, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação", o que pode ser interpretado como um comando que transfere para o próprio contrato a solução da questão. Nesse caso, tudo dependerá do acordo entre as partes, e a lei não indica em que momento deve ser efetivado, se no instrumento escrito, como será de toda conveniência e em sua estipulação, ou se por ocasião do afastamento, o que pode permitir fraude. Como regra geral, os afastamentos do empregado, no contrato de experiência, é computado como duração do contrato que

chegará ao seu fim normalmente no prazo final previamente estipulado pelas partes, porém as partes podem pactuar a suspensão ou interrupção do contrato, caso em que o termo final será deslocado para o futuro, deduzido o período do afastamento.

3. O tempo de experiência como fase do contrato definitivo

Outra tese sustenta que não se trata de um contrato com autonomia, mas de um período de experiência dentro do contrato individual de trabalho. É a teoria da *experiência como cláusula do contrato de trabalho,* sem autonomia, portanto, simples fase ou etapa do mesmo contrato, para prova das aptidões do empregado pelo empregador, e da organização pelo empregado. Essa concepção unitária também apresenta variações.

Pacto de prova é a tese, na Espanha, de Valverde, Guttiérrez e Murcia, em *Derecho del trabajo* (2000), de Luisa Galantino, na Itália, em *Diritto del lavoro* (2000), *condição suspensiva* que atua sobre o contrato principal durante a demonstração, pelo trabalhador, da sua aptidão para o trabalho. Desse modo, o contrato de trabalho fica pendente: o sinalagma não surge imediatamente: há uma expectativa na fase preparatória, na qual o valor do empregado é verificado.

Para outros, a cláusula de experiência não tem natureza de condição suspensiva, mas de *condição resolutiva.* Assim, o contrato desde logo produz todos os seus efeitos; há, a partir do início da prestação de serviços, uma relação de emprego em que as partes têm todos os direitos e deveres correspondentes ao vínculo. Terminada a prova, sendo o resultado favorável, prossegue normalmente a relação de emprego já existente. Sendo desfavorável, opera-se a condição resolutiva. A constituição da relação definitiva não deriva da realização da prova nem é dela um efeito próprio, porque desde o início o vínculo está definitivamente formado, extinguindo-se no caso de resultado desfavorável.

4. Repetição da experiência

Se o empregado já trabalhou na mesma empresa, é válido contrato de experiência em sua readmissão? Em princípio, não é lícito às partes o contrato de experiência com empregado que já trabalhou na

empresa, porque nesse caso dá-se a perda da causa jurídica do contrato, que é a necessidade de conhecimento recíproco entre os contratantes, porém há uma situação em que essa perda não se dá. Ocorre quando o empregado vai, no segundo contrato, exercer uma função completamente diferente daquela que exerceu e para a qual se diz tecnicamente apto, caso em que, embora as partes já se conheçam como tal, não se conhecem quanto à aptidão funcional nova.

§ 56. Contrato de emprego do menor

Sumário: 1. Antecedentes históricos. 2. Principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). 3. A discussão sobre os tipos de trabalho lícito. 4. Organizações de proteção ao trabalho do menor. 5. O menor empregado.

1. Antecedentes históricos

Especial proteção é dispensada pelo direito do trabalho ao menor, a ponto de Mario de la Cueva intentar o que denomina "direito protetor dos menores", que define como o "conjunto de disposições que tem por objetivo assegurar a educação, o desenvolvimento físico, a saúde e a moralidade desses trabalhadores"[1].

O trabalho profissional do menor, na Antiguidade, não se afastava, via de regra, do ambiente doméstico e tinha fins principalmente artesanais. Os ensinamentos do ofício transmitidos no âmbito familiar e o caráter de aprendizagem eram as suas características básicas.

Na época corporativa, o menor aprendiz, sujeito aos ensinamentos do mestre e do companheiro, realizava atividades produtivas também com o caráter marcadamente didático, segundo a disciplina das diferentes Corporações de Ofício medievais.

A Revolução Industrial do século XVIII trouxe para o menor uma situação de total desproteção.

1. *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1960, v. 1, p. 908.

O seu trabalho passou a ser aproveitado em larga escala, sem maiores considerações quanto à sua condição pessoal, quer quanto à natureza do trabalho executado, pois os menores eram aproveitados também em minas e subsolo, como quanto à duração diária da jornada de trabalho, porque o menor prestava serviços durante os mesmos períodos a que eram submetidos os adultos.

A proteção aos menores, diz Mario de la Cueva, é o ato inicial do direito do trabalho, pois foi o *Moral and Health Act*, expedido por Robert Peel, em 1802, a primeira disposição concreta que corresponde à ideia contemporânea do direito do trabalho. Ao manifesto de Peel, traduzido no protesto "Salvemos os menores", lema de campanha pela proteção legal, culminou a redução da jornada diária de trabalho do menor, para 12 horas.

Com o auxílio de Robert Owen, também na Inglaterra, foi aprovada lei, em 1819, tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos e restringindo o horário de trabalho dos adolescentes de menos de 16 anos para 12 horas diárias, nas atividades algodoeiras. Também na Inglaterra, em 1833, provocada pela *Comissão Sadler*, uma lei proibiu o emprego de menores de 9 anos e limitou a jornada de trabalho dos menores de 13 anos em 9 horas, além de vedar o trabalho noturno.

Na França, em 1813, foi proibido o trabalho dos menores em minas; em 1841, proibido o emprego de menores de 8 anos e fixada em 8 horas a jornada máxima dos menores de 12 anos e em 12 horas a dos menores de 16 anos.

Na Alemanha, em 1839, foi votada lei que proibia o trabalho de menores de 9 anos e restringia a 10 horas a duração diária do trabalho dos menores de 16 anos. A lei industrial de 1869 fixou a idade mínima de admissão em 12 anos.

Na Itália, em 1886, foi aprovada a lei que fixou em 9 anos a idade mínima para o emprego e proibiu certos tipos de trabalho para o menor.

Daí por diante a legislação trabalhista protege o menor ao fixar regras tutelares proibitivas destinadas à idade mínima para o seu trabalho, quanto aos ambientes de trabalho que possam prejudicar a sua saúde, integridade física e formação moral e a valorizar diretrizes voltadas para a sua educação e qualificação profissional.

A Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXXIII) proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho a menor de 16 anos, salvo se aprendiz a partir de 14 anos. Além disso, veda diferenças de salário em razão de sexo, idade ou estado civil (inciso XXX).

A Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 402 a 441) disciplina o trabalho do menor empregado e, também, o contrato de aprendizagem (arts. 424 a 433).

O Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA (Lei n. 8.069, de 1990) dispõe sobre o direito de profissionalização e a proteção no trabalho.

O Ministério do Trabalho e Emprego expediu diversas Portarias, entre as quais as de n. 702, de 2001, que estabelece normas para avaliação da competência de entidades sem fins lucrativos que tenham por objeto a assistência ao adolescente e a educação profissional, e que se proponham a desenvolver programas de aprendizagem; a Instrução Normativa n. 26, de 2001, sobre contrato de aprendizagem; a Portaria n. 7, sobre erradicação do trabalho infantil; a Instrução Normativa n. 1, de 2000, sobre planejamento de ações para o desenvolvimento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil; a Portaria n. 20, de 2001, da Secretaria da Inspeção do Trabalho e do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, sobre atividades nas quais é proibido o trabalho do menor de 18 anos de idade; e a Portaria n. 6, publicada no *DOU* de 7 de fevereiro de 2001, trazendo nova relação de serviços e locais considerados perigosos ou insalubres para os menores de 18 anos.

Segundo García Oviedo[2], o trabalho do menor deve merecer especial proteção do direito, porque há razões: 1) *fisiológicas*, para que seja possível o seu desenvolvimento normal, sem os inconvenientes das atividades mais penosas para a saúde, como ocorre nos serviços prestados em subsolo, períodos noturnos etc.; 2) *de segurança*, porque os menores, pelo mecanismo psíquico de atenção, expõem-se a riscos maiores de acidentes de trabalho; 3) *de salubridade*, impondo-se sem-

2. *Tratado elemental de derecho social*, Madrid, 1934, p. 403.

pre afastar os menores dos materiais ou locais comprometedores para o seu organismo; 4) *de moralidade*, por haver empreendimentos prejudiciais à moralidade do menor, como as publicações frívolas, a fabricação de substâncias abortivas etc.; 5) *de cultura*, para que seja assegurada ao menor uma instrução adequada.

2. Principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A Conferência de Washington, de 1919, aprovou duas Convenções internacionais de proteção ao trabalho do menor. A primeira refere-se à idade mínima de admissão nos trabalhos industriais, dispondo o art. 2º que os menores de 14 anos não podem ser empregados ou trabalhar em estabelecimentos industriais, públicos ou privados, ou em suas dependências, salvo nas atividades familiares, bem como aos menores nas escolas profissionais devidamente fiscalizadas pelo Poder Público. A segunda Convenção, aprovada pela OIT, versa sobre o trabalho noturno, que é proibido aos menores de 18 anos, com algumas exceções.

Diversas Convenções da OIT dispõem sobre idade mínima para o trabalho, na indústria, de 1919, trabalho marítimo, de 1920, agricultura, de 1921, de estivadores e foguistas, de 1921, em emprego não industrial, de 1932, no trabalho marítimo, de 1936, na indústria, de 1937, no emprego não industrial, de 1937, para pescadores, de 1959, e em trabalho subterrâneo, de 1965, todas já revistas e unificadas.

A unificação deu-se pela Convenção n. 138, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego, complementada pela Recomendação n. 146, aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 179, de 14 de dezembro de 1999, que entrou em vigor, para o Brasil, em 28 de junho de 2002. O Decreto, em consonância com a Constituição Federal de 1988, estabeleceu a idade mínima de dezesseis anos para admissão a emprego ou trabalho, dispondo que o seu âmbito de aplicação se restringe inicialmente a minas e pedreiras, indústrias manufatureiras, construção, serviços de eletricidade, gás e água, saneamento, transporte e armazenamento, comunicações e plantações e outros empreendimentos agrícolas que produzam principalmente para o comércio, excluídas as empresas fa-

miliares ou de pequeno porte que trabalhem para o mercado local e que não empreguem regularmente trabalhadores assalariados.

A Convenção, que é de 1973, considera ter chegado o momento de adotar um instrumento geral sobre a matéria, que substitua gradualmente os atuais instrumentos, aplicáveis a limitados setores econômicos, com vistas à total abolição do trabalho infantil e que eleve progressivamente a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente.

A idade mínima, segundo dispõe, "não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos", mas permite, no caso de país-membro cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, definir-se inicialmente uma idade mínima de quatorze anos.

Dispõe também que "não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do adolescente", definidos por lei ou regulamentos nacionais ou pela autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores.

Admite, "na medida do necessário, excluir da aplicação desta Convenção um limitado número de categorias de emprego ou trabalho a respeito das quais se levantarem reais e especiais problemas de aplicação", caso em que o país se compromete a incluir nos relatórios, que apresenta à referida Organização, as categorias que possam ter sido excluídas, dando as razões dessa exclusão.

Declara que os seus dispositivos "serão aplicáveis, no mínimo, a: mineração e pedreira; indústria manufatureira; construção; eletricidade, água e gás; serviços sanitários; transporte, armazenamento e comunicações; plantações e outros empreendimentos agrícolas de fins comerciais, excluindo, porém, propriedades familiares e de pequeno porte que produzam para o consumo local e não empreguem regularmente mão de obra remunerada".

Retirou do âmbito de sua aplicação o "trabalho feito por crianças e adolescentes em escolas de educação vocacional ou técnica ou em outras instituições de treinamento em geral ou a trabalho feito por pessoas de no mínimo quatorze anos de idade em empresas em que esse trabalho for executado dentro das condições prescritas pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, onde as houver, e constituir parte integrante de: a) curso de educação ou treinamento pelo qual é principal responsável uma escola ou instituição de treinamento; b) programa de treinamento principalmente ou inteiramente executado em uma empresa, que tenha sido aprovado pela autoridade competente; ou c) programa de orientação vocacional para facilitar a escolha de uma profissão ou de um tipo de treinamento".

Permite o emprego ou trabalho a pessoas entre treze e quinze anos em serviços leves que: "a) não prejudiquem sua saúde ou desenvolvimento; e b) não prejudiquem sua frequência escolar, sua participação em programas de orientação vocacional ou de treinamento aprovados pela autoridade competente ou sua capacidade de se beneficiar da instrução recebida". E permissão do trabalho a partir dos 15 anos, contanto que concluída a escolarização obrigatória em trabalho que preencher os requisitos estabelecidos na Convenção, referentes à proteção do menor, caso em que o direito interno estabelecerá o número de horas e as condições em que esse emprego ou trabalho pode ser desempenhado.

Admite, mediante licenças concedidas em casos individuais, exceções para a proibição de emprego ou trabalho, para finalidades como a participação em representações artísticas.

A Convenção n. 182, de 1999, dispõe sobre proibição e ações que os Estados se comprometem a desenvolver, destinadas a eliminar as "piores formas de trabalho infantil", considerando, para os seus fins, criança toda pessoa menor de 18 anos de idade e piores formas de trabalho infantil, além de outras, "escravidão ou práticas análogas", entre as quais a sujeição por dívida e servidão, o trabalho forçado ou compulsório e o trabalho que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que é executado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

3. A discussão sobre os tipos de trabalho lícito

"Trabalho do menor", tema a que Oris de Oliveira se dedicou no livro *O trabalho da criança e do adolescente* (1994), publicado pela Organização Internacional do Trabalho*,* é um gênero. Por força das novas normas internacionais e do direito interno, prefere-se, atualmente, falar em *criança e adolescente*. Porém, a Constituição Federal de 1988, para questões trabalhistas, refere-se a trabalho do menor (art. 7º, XXXIII). Logo, essa é a denominação legal para designar as pessoas protegidas na esfera do contrato de trabalho.

Não se desconhece que o menor, numa empresa, pode ser exposto à exploração econômica do seu trabalho, o que deve ser combatido, mas certo é, também, que o ordenamento jurídico vigente prevê várias formas de trabalho do menor, todas lícitas, visto que autorizadas pela lei, algumas mesmo sem a configuração da relação de emprego. O *gênero trabalho do menor* comporta mais de uma modalidade. Primeira, o *menor empregado*, regido pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 3º). Segunda, o *menor aprendiz empregado*, também disciplinado pela CLT (art. 428). Terceira, o *menor aprendiz não empregado*, a que se refere também a CLT (art. 431). Há outras modalidades: o *adolescente assistido,* o *trabalho socioeducativo* (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 67) e o *trabalho familiar* (CLT, art. 402).

Dessas figuras, a que não oferece dificuldade conceitual considerável, no plano jurídico, é a do *menor empregado.* O menor é empregado quando trabalha pelo modo previsto pelos arts. 2º e 3º da CLT, que definem empregado e empregador. O *menor* é *aprendiz empregado* quando a relação jurídica se forma nos termos do disposto no art. 428 da CLT, que a define como um contrato especial a prazo determinado. Há discussões porque, segundo um entendimento, não mais existe aprendizagem na empresa, o que não nos parece corresponder ao que dispõe a lei. A divergência surgiu porque a lei declara que o aprendiz será inscrito em programa de aprendizagem. E terá de ser ele próprio. Mas a exigência da inscrição é uma formalidade para permitir um controle que não altera o disposto na lei. Por força do disposto no art. 428 da CLT, "Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o em-

pregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação". Ora, se a aprendizagem é um *contrato especial de trabalho*, a definição afasta qualquer possibilidade razoável de divergências. Essa orientação de nossa lei é equivocada. A aprendizagem, sempre, não deveria configurar relação de emprego.

O menor aprendiz, a que se refere o mencionado texto legal, é empregado, com todos os direitos do maior, percebendo remuneração não inferior ao salário mínimo, pois é do empregador que o receberá, e não das instituições em que necessariamente deverá ser inscrito. A inscrição é um ato de controle para que uma instituição credenciada a ministrar aprendizagem forneça o programa, o acompanhamento, as fases em que, na prática, a aprendizagem será desenvolvida no estabelecimento do empregador, onde executará, com zelo e diligência, as tarefas próprias da sua condição e que serão aquelas que o programa da instituição em que está inscrito mencionará. O empregador encarrega-se de dar cumprimento ao programa, visando à formação técnico-profissional do menor. Quem é parte contratante do menor aprendiz é o empregador, e não o Serviço de Aprendizagem, cabendo a este a elaboração e acompanhamento do programa que na empresa será ministrado, de acordo com os critérios que estabelecer como órgão de qualificação da mão de obra do aprendiz.

Menor aprendiz não empregado (CLT, art. 431) é aquele cuja aprendizagem é contratada e prestada por determinado tipo de entidade, a que se refere o art. 430, II, da CLT, a saber, entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registrada no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, tratando-se, como está claro na lei, de uma relação de aprendizagem especial não caracterizando relação de emprego, porque nela figura como instituição, que ministrará a aprendizagem, uma entidade do tipo acima mencionado e porque a aprendizagem é dirigida e ministrada com esse tipo de instituição.

Onde será desenvolvida a aprendizagem? Evidentemente em entidade sem fins lucrativos de assistência e educação do menor, devida-

mente registrada no órgão competente. Esse tipo de instituição, pela sua natureza e finalidade, não terá como internamente, salvo raríssimas exceções, dar curso, a menos que de forma exclusivamente teórica, de modo que em ambas as situações, tanto na aprendizagem-emprego como na aprendizagem não empregatícia, o curso prático será realizado em uma unidade de empresa, a menos que a instituição tenha condições próprias de cumprir todas as etapas do programa.

É claro que maiores cuidados devem ser tomados em relação a essa situação, exatamente porque não gera vínculo de emprego, mas que, concretizando-se não só por uma formação teórica, assim como prática, por ser uma modalidade especial de aprendizagem, não deixa de se enquadrar no gênero a que pertence. A exposição do menor, nesses casos, é maior e os riscos aumentam, daí a necessidade de regras tutelares rígidas de controle do exercício dessa atividade, para que não se afaste dos seus objetivos primeiros, ou seja, a formação socioeducativa do menor mediante o trabalho.

O problema está em que todo trabalho em empresa pressupõe um grau de subordinação e produção para fins econômicos, com o que ou se aparelham essas instituições para ministrar cursos internos de formação educacional e profissional sem nenhuma presença do menor em empresas, caso em que não há que se falar em aprendizagem no sentido legal do conceito do art. 428, ou ter-se-á que aceitar a presença do menor numa empresa, para que essa aprendizagem especial possa existir.

Difere dos anteriores o trabalho *socioeducativo* do menor. É autorizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 67), que assim considera aquele previsto em programa social, sob a responsabilidade de entidade governamental ou não sem fins lucrativos e que assegure ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada, em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o produtivo.

Não é igual às figuras anteriores, uma vez que não se trata de menor empregado, porque não cria relação de emprego, nem de menor aprendiz empregado, pela mesma razão, nem de menor aprendiz não empregado, na medida em que não se trata de aprendizagem de profissão ministrada por instituição especializada nesse objetivo, nem mesmo, em alguns casos,

será um contrato, como na hipótese de menores infratores em regime de semiliberdade da Fundação CASA (Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente), antiga FEBEM e que dessa entidade devem receber formação social e educacional com fins de reabilitação e reingresso pleno na sociedade. As exigências pedagógicas, portanto, são fundamentais, e o fator trabalho é complementar apenas, não prevalecendo os aspectos produtivos. Falta uma regulamentação legal melhor, mesmo porque sendo *trabalho*, embora *socioeducativo*, pressupõe uma atividade de tipo funcional-trabalhista do reeducando, com o que os mesmos problemas acima assinalados, de confusão entre o trabalho econômico do menor e o trabalho assistencial, podem surgir, dividindo os intérpretes.

O *trabalho familiar* (CLT, art. 402, parágrafo único) é o prestado "em oficinas em que trabalhem exclusivamente pessoas da família do menor e esteja este sob a direção do pai, mãe ou tutor". Não configura vínculo de emprego. Portanto, não se trata de nenhuma das figuras anteriores, tendo em vista que não há contrato de emprego entre o menor e a sua família, por se tratar de cooperação familiar. O pressuposto da lei, sobre o qual se podem levantar dúvidas, é o de que, por se tratar de atividade exercida *para* o âmbito familiar, embora em *oficinas*, o menor estará devidamente tutelado pela família, o que nem sempre é certo. Há casos em que o menor é explorado pelos pais até para fins de mendicância, aspecto suficiente para mostrar a necessidade de máximo rigor na fiscalização desse tipo de trabalho e avaliação de todos os seus aspectos.

O menor jornaleiro (CLT, art. 405, § 4º) é outra figura. Trabalha "nas localidades em que existirem, oficialmente reconhecidas, instituições destinadas ao amparo dos menores jornaleiros", pois "só aos que se encontrem sob o patrocínio dessas entidades será outorgada a autorização do trabalho". A palavra "jornaleiro" vem de "jornal", que é semelhante a "dia"; portanto, uma atividade não constante, tendo em vista o dia-trabalho. Trata-se do menor que trabalha em ruas, praças e outros logradouros públicos. É o caso da patrulha-mirim. Não está excluído da lei. Porém, se prejudicial à formação moral do menor e não exercido perante instituições de amparo dos menores, será ilegal. Pode configurar relação de emprego se presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT e for prestado para fins econômicos e lucrativos, e não para fins assistenciais e socioeducativos.

O *menor bolsista* é aquele com menos de 14 anos de idade, cujo trabalho é compensado com uma bolsa e não com salário (ECA).

Finalmente, a questão jurídica fundamental é a seguinte: a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que alterou o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que é proibido "o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos", revoga a CLT e o ECA por estes se referirem ao trabalho familiar, trabalho socioeducativo, jornaleiro, bolsista porque só permite o trabalho do menor em duas condições, na de empregado e na de aprendiz?

A literalidade do texto leva a uma resposta afirmativa, uma vez que a Lei Maior só permite o trabalho do menor em duas condições e está excluindo as demais hipóteses, interpretação que, se correta, leva à conclusão de que em nosso ordenamento jurídico é lícito o trabalho do *menor-empregado* regido pela CLT, ou seja, do *menor aprendiz com vínculo de emprego*, a que se refere o art. 428, e do *menor aprendiz não empregado*, previsto no art. 431. Se essa interpretação é a correta, estarão revogadas as demais formas permitidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao prever o trabalho socioeducativo, o bolsista menor de 14 anos de idade, bem como pela CLT quando esta se refere ao trabalho familiar.

Uma interpretação estritamente jurídica leva a essa conclusão, mas não se pode olvidar que normas internacionais ratificadas pelo Brasil integram o nosso ordenamento jurídico, como licenças concedidas em casos individuais, exceções para a proibição de emprego ou trabalho para finalidades como a participação em representações artísticas, conforme previsão da Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego, complementada pela Recomendação n. 146, aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 179, de 14 de dezembro de 1999, que entrou em vigor, para o Brasil, em 28 de junho de 2002.

A mesma norma internacional excluiu, do âmbito de sua aplicação, o trabalho feito por crianças e adolescentes em escolas de educação vocacional ou técnica ou em outras instituições de treinamento em geral ou o trabalho feito por pessoas de no mínimo quatorze anos de

idade em empresas onde esse trabalho for executado segundo as condições prescritas pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, onde houver, e constituir parte integrante de curso de educação ou treinamento pelo qual é principal responsável uma escola ou instituição de treinamento, observado programa de treinamento principalmente ou inteiramente executado em uma empresa, que tenha sido aprovado pela autoridade competente, ou programa de orientação vocacional para facilitar a escolha de uma profissão ou de um tipo de treinamento.

É certo que nosso país não ratificaria uma Convenção da OIT cujos preceitos fossem incompatíveis com os da Constituição Federal. Entre estes, encontra-se, com fins sociais, o art. 205 da Carta Magna segundo o qual é dever do Estado e da família a educação, visando não só ao pleno desenvolvimento da pessoa, como também à sua qualificação para o trabalho.

Como se vê, será oportuna a revisão da nossa legislação, tendo como princípios fundamentais: a) a inafastabilidade da tutela do Estado ao trabalho do menor; b) a percepção de que o trabalho cumpre funções educacionais e não é possível afastá-lo de uma perspectiva social de formação e recuperação do menor, com os cuidados necessários para que não se transforme em exploração econômica do seu trabalho; c) plenamente justificáveis são as proibições do trabalho do menor em certas atividades e em determinados locais; d) há situações eventuais em que a permissão para o trabalho do menor em nada o prejudica, como em alguns tipos de trabalho artístico, contanto que acompanhado de devidos cuidados; e) o trabalho familiar não deve ser fonte de exploração profissional do menor em proveito da família ou dos pais, mas também não é conveniente proibi-lo quando exercido em ambiente saudável e de estritos fins de cooperação familiar; f) as figuras do menor empregado e do menor aprendiz não esgotam as situações em que os imperativos de reeducação do menor se apresentam, como no trabalho do menor em regime semiaberto, por instituições como a FEBEM, porque não há que se falar, no caso, em *contrato*, mas em *trabalho compulsório reeducativo*; g) a escolaridade do menor é o valor maior a ser perseguido, mas não pode prescindir da qualificação profissional deste para ser preparado para a vida real.

4. Organizações de proteção ao trabalho do menor

A importância atribuída ao trabalho do menor, refletida na diversidade e no número de instituições que atuam para a proteção do seu trabalho, demonstra a necessidade de intervenção do Estado nas relações de trabalho para fins específicos, o que justifica, plenamente, que a estrutura organizativa compreenda órgãos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e outros.

Incluem-se no Poder Judiciário os Juizados da Infância e da Juventude e a Justiça do Trabalho, esta competente para conciliar e julgar as controvérsias sobre relações de emprego do menor e contratos de aprendizagem (CF, art. 114).

No Poder Executivo, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério da Justiça, a Secretaria de Inspeção do Trabalho e o Grupo Especial de Combate ao Trabalho Infantil e de Proteção ao Trabalho do Adolescente, do Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria n. 7, de 2000).

O Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Estadual desempenham papel também relevante, instaurando investigações, inquéritos e ações judiciais.

São outros órgãos o Conselho Tutelar, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, os Conselhos de Bem-Estar dos Menores, a Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA) e os Serviços de Aprendizagem e equivalentes.

5. O menor empregado

Diversos são os aspectos a serem considerados, como o *conceito*, a *idade mínima,* a *jornada,* as *proibições legais para o trabalho* do menor empregado e o *salário,* inclusive diante do trabalho proibido, as *férias*, a *rescisão do contrato* e a *quitação.*

O conceito de menor empregado não difere daquele que caracteriza o empregado em geral previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 2º e 3º). Portanto, menor empregado é aquele que prestar serviços subordinados, continuadamente para a mesma fonte, mediante remuneração, sob o poder de direção do empregador e com

pessoalidade. A falta de subordinação descaracteriza a relação de emprego, com o que diferem as figuras do menor empregado e do menor autônomo, e a falta de continuidade para a mesma fonte desconfigura o vínculo empregatício, porque se estará diante do trabalho eventual.

As mesmas proibições existentes para o trabalho do menor empregado devem subsistir para o menor autônomo ou eventual. Lembre-se, contudo, com relação a estes, que, segundo o Código Civil de 2002 (art. 5º, V), pelo estabelecimento civil ou comercial e tendo o menor com 16 anos economia própria, cessa a menoridade.

Quanto à idade mínima, a CLT (1943) permitia o trabalho do menor a partir dos 12 anos. Porém a Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXXIII) elevou-a para 14 anos, salvo nos casos de menores aprendizes, estes podendo trabalhar a partir dos 12 anos de idade. Aproximou-se, assim, a legislação brasileira de outras, como se fazia conveniente. A Emenda Constitucional n. 20 (1998) alterou o texto constitucional para fixar como idade mínima para o trabalho do menor 16 anos como empregado e 14 anos como aprendiz.

Até 18 anos, o menor depende de autorização do responsável legal para contratar trabalho. A carteira de trabalho, para a qual já se faz necessária essa permissão, basta como prova da existência dessa outorga.

Aos 18 anos, ao menor é lícito contratar trabalho diretamente e sem a dependência paterna, adquirindo, portanto, plena capacidade trabalhista. O art. 446 da CLT, que permitiu ao pai pleitear a rescisão do contrato de trabalho do menor de 18 anos quando suscetível de acarretar-lhe prejuízos de ordem física ou moral, foi revogado pelo art. 13 da Lei n. 7.855, de 1989, com o que desapareceu tal faculdade.

A jornada de trabalho do menor é a mesma do maior, de 8 horas diárias e 44 horas semanais (CLT, art. 411, e CF, art. 7º, XIII), mas o correto seria uma duração reduzida.

É vedada a prorrogação da jornada diária do menor, para cumprir horas extraordinárias destinadas às exigências rotineiras da empresa. Assim, ao menor é proibido cumprir horas extras contratuais.

Porém, é lícito o sistema de compensação de horas (CLT, art. 413, inciso I).

Em casos de força maior, e desde que imprescindível para o funcionamento do estabelecimento, o menor está sujeito, a exemplo da mulher, a cumprir horas extraordinárias. Nesses casos, a sua jornada de trabalho não poderá ir além de 12 horas, e o salário será acrescido de adicional de horas extras de 50%. Será necessário, todavia, observar intervalo de 15 minutos, antes do início da jornada suplementar, comunicar o fato à Delegacia Regional do Trabalho, dentro do prazo de 48 horas, e ter atestado médico oficial (CLT, art. 413, parágrafo único).

Uma particularidade caracteriza a limitação da jornada diária máxima do menor, qual seja, a totalização dos horários que cumprir para mais de um empregador. Dispõe o art. 414 da CLT: "Quando o menor de 18 (dezoito) anos for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas", o que vale dizer que ao contratar um segundo emprego o menor nele não poderá cumprir número de horas, a não ser aquelas disponíveis para completar ao todo, incluídas as horas em que já estiver prestando serviços em outro emprego, 8 horas. Justifica-se a exigência pela necessidade de preservação da escolaridade do menor, para o que necessitará de algum tempo livre, bem como a sua constituição fisiológica, que não deve ser sobrecarregada com os inconvenientes de maior tempo de trabalho profissional.

O Estado proíbe o trabalho do menor nos seguintes casos: 1) serviços noturnos (CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 404); 2) locais insalubres, perigosos ou prejudiciais à sua moralidade (CF, art. 7º, XXXIII, e CLT, art. 405); 3) trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros públicos, salvo mediante prévia autorização do Juiz de Menores, que verificará se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral (CLT, art. 405, § 2º), acrescentando-se que a Constituição proíbe qualquer trabalho do menor, salvo na condição de empregado e de aprendiz, regra que pode ter afetado esse texto da legislação infraconstitucional. Ao empregador é vedado utilizar o menor em atividades que demandem o emprego de força física muscular superior a 20 ou 25 quilos, conforme a natureza contínua ou descontínua do trabalho. Não se aplica essa exigência se a força utilizada for mecânica ou não diretamente aplicada.

A lei enumera as atividades prejudiciais aos menores, não atingindo plenamente o seu fim.

Arrola, como nocivo ao menor, o trabalho: a) de qualquer modo em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, *dancings*, bem como estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; c) na produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar a sua formação moral; d) na venda a varejo de bebidas alcoólicas (CLT, art. 405, § 3º). Porém, com autorização do Juiz de Menores, é admitida a atividade do menor nessas ocupações, salvo as relativas à divulgação de escritos etc. prejudiciais à sua formação.

O empregador é obrigado a conceder ao menor o tempo necessário para a frequência às aulas (CLT, art. 427).

Os estabelecimentos situados em lugar onde a escola estiver a maior distância que dois quilômetros e que ocuparem, permanentemente, mais de 30 menores analfabetos, de 14 a 18 anos, serão obrigados a manter local apropriado em que lhes seja ministrada a instrução primária (CLT, art. 427, parágrafo único).

Como os contratos individuais de trabalho são regidos pelo princípio da livre pactuação em tudo quanto não contrariar as normas de proteção ao trabalho, o salário do empregado menor pode ser fixado segundo a estipulação das partes.

No entanto, ao menor é assegurado, também, o salário mínimo regional integral, bem como, se for o caso, o salário profissional. De outro lado, os reajustamentos salariais coletivos são aplicáveis à sua remuneração, que, portanto, sofrerá as mesmas atualizações aplicáveis aos trabalhadores adultos.

Não há salário mínimo específico para empregados menores, ao contrário do que dispunha a Lei n. 5.274, de 1967.

Se o menor com menos de 16 anos empregar-se, terá direito a salário?

José Martins Catharino[3] responde afirmativamente, com base "no princípio de que ninguém pode enriquecer ilicitamente à custa do es-

3. *Tratado jurídico do salário*, 1951, p. 723.

força alheio". Também Rezende Puech[4] invoca o mesmo fundamento para idêntica razão de decidir. Na mesma linha de ideias, Arnaldo Süssekind[5], Orlando Gomes e Elson Gottschalk[6].

Russomano[7] sustentou que, "sendo nulo de pleno direito o contrato, não existe relação de emprego, não existe figura do empregado, como não existe a figura do empregador". Porém, Pontes de Miranda[8] entende que "a ilicitude do trabalho somente faz nulo o contrato de trabalho se é do trabalho e não da contraprestação da empresa". Na verdade, predomina o princípio da irretroatividade das nulidades, daí por que o salário é devido ao menor de 16 anos, pelo trabalho prestado. Expressivos juristas estrangeiros sustentam a mesma tese, entre os quais Planiol e Ripert, em *Traité pratique de droit civil français* (1932); Mario de la Cueva, em *Derecho mexicano del trabajo*; e Cassì, em *La retribuzione nel contratto di lavoro*.

Ao menor é lícito firmar recibos de salário (CLT, art. 439).

No entanto, não poderá assinar recibo de quitação geral na rescisão do contrato de trabalho sem a assistência do responsável legal (CLT, art. 439).

Há convenções coletivas e sentenças normativas assegurando aos menores estudantes justificação de faltas nos dias de provas escolares.

A duração das férias do empregado menor submete-se às mesmas regras do adulto.

Aos menores as férias serão, no entanto, sempre concedidas de uma só vez. É proibida a concessão fracionada das férias (CLT, art. 134, § 2º).

Os membros de uma família que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa terão o direito de gozar as férias no mesmo período, se assim o desejarem, e se disto não resultar prejuízo para o serviço (CLT, art. 136).

---

4. *Direito individual e coletivo do trabalho*, 1960, p. 32.
5. *Comentários à CLT*, 1964, v. 3, p. 33.
6. *Curso elementar de direito do trabalho*, 1963, p. 115.
7. *Comentários à CLT*, 1960, v. 2, p. 587.
8. *Tratado de direito privado*, 1964, v. 47, p. 492.

Desde que efetivamente o menor esteja sendo utilizado em funções incompatíveis e nas quais não pode trabalhar, as autoridades da Fiscalização Trabalhista poderão obrigá-lo a abandonar o serviço, se impossível for o seu aproveitamento em outra função, na mesma empresa. Configurar-se-á, nesse caso, a rescisão do contrato de trabalho, com os mesmos efeitos do despedimento indireto previsto no art. 483 da CLT (CLT, art. 407, parágrafo único). Portanto, ao menor são assegurados o Fundo de Garantia, o 13º salário e as férias proporcionais. Idênticos efeitos patrimoniais verificar-se-ão quando a iniciativa caiba ao responsável legal do menor, devidamente fundada a situação prejudicial à sua moralidade (CLT, art. 408). Se a empresa estava proibida de utilizar o menor em serviço proibido e, no entanto, o fez, arcará com os ônus econômicos da rescisão do contrato de trabalho, nos mesmos moldes do disposto no art. 483 da CLT.

Ao menor, apesar da sua incapacidade, a lei trabalhista permite quitar, validamente, os salários que receber no curso da relação de emprego (CLT, art. 439).

No entanto, não lhe é permitido dar quitação pelos pagamentos decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, sem assistência do responsável legal (CLT, art. 439).

Contra o menor de 18 anos não corre nenhum prazo de prescrição (CLT, art. 440).

Assim, qualquer que tenha sido a época, quer da lesão do direito, quer mesmo da rescisão do contrato de trabalho, até os 20 anos, o menor poderá mover reclamação trabalhista.

Os prazos para reclamar fixados pela Constituição Federal (art. 7º, XXIX) começam, portanto, a correr em função da aquisição da maioridade trabalhista e não do direito lesado, o que amplia o prazo de prescrição das reclamações trabalhistas movidas para a cobrança dos créditos originados na menoridade.

§ 57. Contrato de emprego da mulher

Sumário: 1. Antecedentes históricos. 2. Direito protetor e direito promocional. 3. Formação do contrato. 4. Salário. 5. Jornada de trabalho. 6. Saúde e segurança. 7. Maternidade. 8. Rescisão do contrato.

1. Antecedentes históricos

Ao trabalho da mulher é dispensada, pelo direito, especial proteção, a exemplo do que ocorre com o trabalho do menor.

Em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens.

Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com a sua omissão, toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza

familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.

As primeiras leis trabalhistas voltaram-se para a proteção da mulher e do menor.

Em 19 de agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30min. Na França, em 1848 surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando algumas normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versailles, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas constituições, entre as quais a do Brasil, e destinado a impedir a exploração salarial da mulher.

2. Direito protetor e direito promocional

A política que preside a evolução do direito do trabalho da mulher vem passando por modificações, e a primeira fase do direito protetor, caracterizada pelas proibições do trabalho da mulher em diversas atividades, cede lugar à promoção da igualdade entre a mulher e o homem no sentido de eliminar essas proibições.

O primeiro período foi marcadamente de intervenção do Estado na defesa das "meias forças", a mulher e os menores.

São os seguintes os fundamentos apontados pela doutrina para justificar a intervenção do direito na defesa da mulher que trabalha profissionalmente: 1) *Fundamento fisiológico*: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e a sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado; 2) *Fundamento social*: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais. O filho em idade de amamentação necessita da presença

da mãe. A mulher, por ocasião do parto, precisa de repouso conveniente. O tempo dedicado pela mulher ao trabalho fora de casa não deve ser um entrave a impossibilitar-lhe o cumprimento dos seus deveres domésticos. Nem toda atividade industrial ou comercial é própria para a mulher, impondo-se um critério seletivo por meio de determinadas proibições legais. A criança em idade escolar não pode dispensar a assistência da mãe, complementar ao estudo e à formação pedagógica obtida na escola. Assim, as leis trabalhistas devem refletir, na medida adequada, os valores principais que devem presidir a regulamentação jurídico-social do trabalho feminino.

Em síntese, a regulamentação jurídica da empregada, nos diferentes países, ocupou-se dos seguintes aspectos: a) capacidade para contratar trabalho, submetida a algumas restrições; b) proteção à maternidade, com paralisações forçadas, descansos obrigatórios maiores e imposição de condições destinadas a atender a sua situação de mãe; c) defesa do salário, objetivando-se evitar discriminações em detrimento da mulher; d) proibições, quer quanto à duração diária e semanal do trabalho, quer quanto a determinados tipos de atividades prejudiciais ao organismo do ser humano e que, portanto, devem ser reservadas somente para os homens.

O direito promocional do trabalho da mulher surgiu quando as premissas que inspiraram a legislação anterior proibitiva foram afastadas e a mulher deixou de ser considerada um ser inferior que necessita da proteção do Estado, como se fosse incapaz para as mesmas oportunidades de trabalho oferecidas pela sociedade ao homem.

Cresceu a ideia de que o direito do trabalho deveria garantir o livre acesso da mulher no mercado de trabalho eliminando as proibições que antes restringiam a sua atividade profissional, daí as leis afastarem, como a do México, da França e da Itália, os obstáculos que apresentavam ao impedir a atividade da mulher em períodos noturnos, em atividades insalubres, com periculosidade e outras, sendo essa a característica atual das leis trabalhistas, como também a do Brasil a partir da Lei n. 7.855, de 1989.

3. Formação do contrato

A mulher solteira submete-se, em nosso direito, às mesmas normas

de capacidade trabalhista em geral, em nada diferindo, portanto, o tratamento a ela dispensado pela lei. Pode ser admitida como empregada a partir dos 14 anos de idade, da mesma maneira que todo trabalhador. Porém, se apesar da proibição empregar-se, terá assegurados os direitos trabalhistas, uma vez que o fato objetivo da prestação dos serviços é gerador de efeitos jurídicos.

A partir dos 18 anos, adquire a capacidade plena. Não necessitará mais de autorização do responsável legal para ser admitida como empregada.

O art. 446 da CLT facultava ao responsável legal da menor entre 18 e 21 anos pleitear a rescisão do seu contrato de trabalho quando este lhe acarretasse prejuízos de ordem física ou moral, como também presumia autorizado pelo marido o trabalho da mulher casada. Com a revogação desse dispositivo pelo art. 13 da Lei n. 7.855, de 1989, não é dada mais ao responsável legal a referida oposição e, de outro lado, a autorização do marido para o trabalho da mulher casada não é presumida, é definitiva.

A mesma Lei n. 7.855, de 1989, art. 13, ao revogar diversos dispositivos da CLT sobre o trabalho da mulher, afastou a proibição legal da sua atividade em ambiente insalubre, com periculosidade, a jornada noturna, o trabalho na construção civil e em minas e subsolo, com o que a política tutelar foi substituída pela isonomia de tratamento legal com o homem.

4. Salário

A mulher terá direito aos mesmos salários do homem, se o trabalho que exercer for de igual valor.

O Tratado de Versailles dispõe: para igual trabalho, igual salário.

Também a Constituição Federal brasileira acolhe o mesmo princípio.

O art. 461 da CLT dispõe que, "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo...".

5. Jornada de trabalho

A jornada de trabalho da mulher não difere da do homem e será de 8 horas. Em algumas atividades profissionais a lei fixa jornadas inferiores, não por causa do sexo, mas em decorrência da natureza do trabalho, como no caso das telefonistas etc.

A duração máxima normal semanal de trabalho é a mesma de todo empregado, 44 horas, nos termos do art. 7º, XIII, da Constituição Federal de 1988.

A CLT proibia horas extraordinárias para o trabalho da mulher, por acordo de prorrogação, para conclusão de serviços inadiáveis e recuperação de horas nas quais a empresa permaneceu paralisada, só as permitindo em duas hipóteses: primeira, havendo compensação de horas de modo que o excesso de um dia fosse deduzido na jornada de trabalho de outro dia da mesma semana (art. 374); segunda, na ocorrência de força maior (art. 376).

A Lei n. 7.855, de 1989, art. 13, revogou o art. 374 — sistema de compensação — e a Lei n. 10.244, de 2001, o art. 376 — horas extras em casos excepcionais na ocorrência de força maior, com o que a mulher pode fazer horas extraordinárias, sem diferenciar a sua condição, neste ponto, do homem.

Quanto aos intervalos entre duas jornadas de trabalho, serão, no mínimo, de 11 horas consecutivas (CLT, art. 382).

Durante a mesma jornada de trabalho, será concedido um intervalo não inferior a 1 hora nem superior a 2 horas. Depois de 6 horas contínuas de trabalho é indispensável a concessão do referido intervalo. Nas jornadas de trabalho com duração superior a 4 horas e inferior a 6 horas haverá um intervalo de 15 minutos, depois de 4 horas consecutivas de trabalho.

Se forem exigidas horas extraordinárias, para compensação ou em se tratando de força maior, será obrigatório intervalo de 15 minutos entre o fim da jornada normal e o início das horas suplementares (CLT, art. 384).

O repouso semanal remunerado terá a duração de 24 horas consecutivas e coincidirá, no todo ou em parte, com o domingo. Todavia, motivos de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço

autorizam o descanso semanal em qualquer outro dia da semana. Cada caso concreto será submetido ao juízo da Delegacia Regional do Trabalho e somente mediante prévia autorização desse órgão será possível exigir o trabalho no domingo, compensando com o repouso noutro dia (CLT, art. 385). A lei não esclarece, contudo, se nas atividades que podem ser desenvolvidas nos domingos e feriados (Dec. n. 27.048, de 1949) e que independem de consentimento do Poder Público, já manifestado previamente e por prazo indeterminado, também é preciso solicitar permissão para que a mulher trabalhe no domingo. Parece-nos que, por uma razão de ordem prática, deve ser unificada a situação de todos os empregados, independentemente do sexo, para esse fim. Se a empresa na qual a mulher trabalha estiver incluída no rol das atividades para as quais existe prévia autorização de funcionamento, a mulher estará, independentemente de nova manifestação da autoridade, sujeita a trabalhar no domingo, desde que tenha outra folga semanal. O mesmo princípio prevalecerá quanto aos feriados. Deverá, no entanto, ser organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical (CLT, art. 386).

O trabalho noturno é permitido diante da revogação, pela Lei n. 7.855, de 1989, art. 13, da sua proibição nas atividades industriais previstas no art. 379 da CLT. Era permitido nas atividades comerciais. Agora, não há mais qualquer proibição, salvo às menores de 18 anos de idade. A Constituição Federal de 1988, seguindo orientação diferente da Constituição de 1967, abriu caminho para a reformulação, que é inspirada no conceito da igualdade entre homens e mulheres.

É devido o adicional noturno cujo percentual legal é de 20% no mínimo (CLT, art. 381, § 1º).

A hora noturna terá também duração reduzida de 52 minutos e 30 segundos (CLT, art. 381, § 2º).

6. Saúde e segurança

A necessidade de proteção do ambiente de trabalho e das condições em que a atividade é exercida leva o direito a fixar normas mínimas de higienização dos métodos e locais de prestação de serviços da mulher (CLT, art. 389).

Assim, toda empresa é obrigada a prover os seus estabelecimentos de instalações que assegurem ventilação e iluminação; disporá de bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários e de cadeiras ou bancos em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico; instalará vestiários com armários individuais privados das mulheres, salvo em se tratando de estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, nas quais não se exija a troca de roupa; fazendo-se necessária, e para guarda de pertences da empregada, serão exigíveis gavetas e escaninhos; e fornecerá, gratuitamente, óculos, máscaras, luvas e roupas especiais.

A mulher não pode ser submetida a esforços superiores às possibilidades físicas médias do organismo feminino.

Ao empregador é vedado utilizar a empregada em atividades que demandem o emprego de força muscular superior a 20 quilos, para o trabalho contínuo, ou 25 quilos, para o trabalho ocasional, entendido como serviço descontínuo aquele com paralisações constantes e intermitentes na duração da jornada diária de trabalho (CLT, art. 390).

Se a movimentação do material for feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou outros aparelhos mecânicos, da mulher poderão ser exigidos trabalhos com pesos acima dos limites suprafixados. Entenda-se, porém, que essa autorização pressupõe a total substituição da energia muscular por outras, com o que nenhum esforço maior estaria prejudicando a mulher, ou então a utilização moderada da energia muscular em concurso com outros métodos que a suavizem e de modo, sempre, a preservar o organismo feminino de excessos comprometedores à sua integridade e saúde.

7. Maternidade

A Convenção n. 3, de 1919, da OIT realça, como principais aspectos sobre os quais deve recair a proteção da lei, os seguintes: a) a licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez e, se possível, com a data provável do parto, com a duração de 6 semanas antes e 6 semanas depois deste, propondo que o descanso prévio seja facultativo e o descanso posterior, obrigatório; b) a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de des-

pedimento concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia de aviso prévio durante esse mesmo período; c) a assistência à maternidade, consistente num auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, nessas ocasiões, a ser pago pelo Poder Público, ou pelas instituições previdenciárias de cada país, além de assistência gratuita de médico ou parteira; d) facilidades durante a amamentação do filho, com direito a dois repousos especiais diários, de meia hora cada.

A maternidade merece a proteção da legislação, por meio, entre outros, de dois princípios básicos, a *estabilidade da gestante* e a *licença-maternidade*.

A *estabilidade da gestante* é a proibição da sua dispensa sem justa causa em determinado período, que era prevista pelas convenções coletivas de trabalho, caso em que beneficiava apenas a categoria profissional, mas que foi generalizada para toda mulher pela Constituição Federal de 1988 (art. 10, II, *b*, das Disposições Transitórias), que dispõe: "II — fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: ... *b*) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". A dispensa em desacordo com esse princípio é nula. A consequência da declaração da nulidade é a reintegração no emprego, continuando a proteção até o termo final da estabilidade. São assegurados também todos os direitos do contrato de trabalho do período, dentro da estabilidade, em que o empregador, imotivadamente, obstou o desenvolvimento do vínculo jurídico.

Observe-se que pela Constituição de 1988 o início da garantia se dá com a confirmação da gravidez. Porém, a Constituição não indica a forma da confirmação, normalmente a apresentação de atestado médico ao empregador. Caso pela convenção coletiva da categoria o início da estabilidade ocorrer a partir da concepção, é o que prevalecerá, por ser mais favorável do que a Constituição.

A *licença à gestante* foi ampliada, porque a CLT (art. 392) previa 12 semanas e a Constituição de 1988 (art. 7º, XVIII) é mais favorável, ao dispor: "licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias". Isso significa que os dois institutos se combinam. Confirmada a gravidez, inicia-se a proibição da dispensa imotivada, no período adjacente ao parto. Continua a proibi-

ção pelo total dos 120 dias, após os quais a mulher retornará ao serviço. Durante a estabilidade não poderá ser dispensada do serviço. A remuneração dessa licença é salário, como declara a CLT (art. 392, § 4º). O pagamento compete ao empregador, que é autorizado a compensá-lo com recolhimentos devidos à Previdência Social.

Em 2008, pela Lei n. 11.770, de 9 de setembro, foi criado o *Programa Empresa Cidadã,* destinado à prorrogação da licença-maternidade por 60 dias mediante concessão de incentivo fiscal, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade. A prorrogação é garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social. No período de prorrogação, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada, e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar. A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Um instituto correlato, criado pela Constituição de 1988 (art. 7º, XIX), é a *licença-paternidade*, cuja duração, fixada pelas Disposições Transitórias (art. 10, § 1º), é de 5 dias. A finalidade é permitir o acompanhamento da mulher e do filho recém-nascido pelo pai. É encargo do empregador, ao contrário da licença-maternidade, que, embora sendo salário pago pelo empregador diretamente à empregada, é deduzível dos recolhimentos previdenciários a que a empresa estiver obrigada. O sistema é, assim, sob forma de reembolso, numa tentativa de evitar discriminação contra a mulher.

Inclua-se o direito a uma licença de 2 semanas sem prejuízo da remuneração, nos casos de aborto necessário (CLT, art. 395).

Para amamentar o próprio filho até que complete 6 meses, a mãe terá direito a dois intervalos especiais, de meia hora cada (CLT, art. 396). Não se confundem com os intervalos gerais.

É necessária a existência de creches para assistência gratuita aos filhos e dependentes do empregado do sexo feminino ou masculino, desde o nascimento até 6 anos de idade (CF, art. 7º, XXV), ampliada, portanto, a exigência antes fixada pela CLT (art. 389, § 1º).

A Lei n. 10.421, de 2002, que alterou a redação do art. 392 da CLT, estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade. Depende de apresentação do termo de guarda à adotante ou guardiã. Cumpre acrescentar que o período da licença, nesse caso, corresponde aos mesmos 120 dias assegurados à mãe biológica, conforme dispõe a Lei n. 12.010/2009, uma vez que esta lei incluiu o art. 392-A da CLT. Diante dessa uniformização de prazo, pôs-se fim à antiga proporcionalidade, que criava uma duração desigual entre o direito da mãe natural e o da mãe adotante ou guardiã. A apontada desigualdade era justificadamente entendida por alguns doutrinadores como inconstitucional, por atritar-se com o art. 5º, *caput,* da Constituição, ao declarar que todos são iguais perante a lei (*v*. Yone Frediani, *Licença-maternidade à mãe adotante*, tese de mestrado, PUC/SP, 2003).

Essas são as normas pelas quais a legislação trabalhista dispensa proteção à maternidade, por alguns considerada prejudicial à mulher, na medida em que contra ela se volta por meio da discriminação; para outros, justificável, por ser absolutamente necessária sob o prisma social, conclusão que está em consonância com as diretrizes internacionais.

A Lei n. 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, bem como outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação de emprego.

Segundo a referida lei, constituem crime as seguintes práticas: a) exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; b) indução ou instigamento à esterilização genética; c) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde — SUS.

As penas previstas são de detenção de 1 a 2 anos e multa, sendo sujeitos ativos dos crimes a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador e o seu dirigente. A multa administrativa, sem

prejuízo das sanções penais, importa no valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% em caso de reincidência, e na proibição de obter empréstimos ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

O rompimento da relação de emprego por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre: a) readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante o pagamento das remunerações devidas; b) percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

Ampliando a defesa da mulher contra a discriminação no emprego, a Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, estabeleceu novas proibições de atos que considera discriminatórios e altera alguns dispositivos da CLT.

Proíbe (art. 373-A, IV, da CLT) a exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego, com o que de modo genérico inclui as práticas que eram especificadas pela lei anterior, não reproduzindo as referências nesta feitas à esterilização, indução ou instigamento à esterilização genética e à promoção do controle de natalidade, com o que aboliu dispositivos desnecessários para as finalidades visadas.

Inova: a) ao vedar a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; b) ao proibir a adoção, para acesso ou admissão de inscrição em concursos, em empresas privadas, de critérios em função discriminatória em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; c) ao vedar ao empregador ou preposto revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias; d) ao dispor que as vagas dos cursos de formação de mão de obra ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos (art. 390-B da CLT); e) ao ordenar que as empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, façam a manutenção de programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional de mão de obra.

Repete garantias que a CLT já conferia à empregada gestante (art. 392, § 4º): o direito de, sem prejuízo do salário e demais direitos, ser transferida para outra função quando as condições de saúde o exigirem, garantida a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho, e a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de consultas médicas, em número mínimo de seis, e demais exames complementares.

Deixa claro que o sexo, a idade, a cor ou situação familiar não são variáveis determinantes para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional.

O TST define as seguintes regras reguladoras do direito (STST n. 244): desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, do ADCT); garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade, e se não se der, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade; não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

8. Rescisão do contrato

A rescisão do contrato de trabalho da mulher submete-se em suas linhas gerais às mesmas regras previstas para todo trabalhador, de modo que, sendo arbitrária ou sem justa causa, o empregador é obrigado a dar aviso prévio, no mínimo, de 30 dias, a liberar os depósitos do Fundo de Garantia, acrescidos 40% a esse pagamento, a pagar o 13º salário e as férias proporcionais. Havendo justa causa, esses efeitos não ocorrerão.

Em se tratando de mulher grávida, a dispensa, se imotivada, é um ato jurídico nulo. O contrato é considerado em vigor. Se a mulher tiver outro tipo de estabilidade especial, o que ocorre, por exemplo, com a dirigente sindical, também será nula a dispensa imotivada.

§ 58. Contrato de emprego rural

Sumário: 1. Antecedentes legislativos e normas de trabalho. 2. Sujeitos do contrato de trabalho. 3. Contratos de trabalho. 4. Direitos peculiares. 5. Direitos comuns. 6. Prescrição. 7. Moradia. 8. Jurisprudência. 9. A realidade dos fatos sociais. 10. A política das Constituições brasileiras. 11. Conceito legal de trabalho análogo ao escravo.

1. Antecedentes legislativos e normas de trabalho

O direito do trabalho rural não tem a autonomia de um setor do direito do trabalho, muito menos do direito, sendo, apenas, apesar da sua relevância, um capítulo do direito do trabalho com projeções sobre o direito coletivo do trabalho e sobre o direito individual do trabalho. Com aquele mantém uma relação de unidade porque em nosso país as mesmas normas de organização sindical urbana são, por força de dispositivo constitucional (art. 8º, parágrafo único), aplicáveis à organização sindical rural, o mesmo ocorrendo quanto à negociação coletiva, o direito de greve e a representação dos trabalhadores na empresa. Com este, o direito individual do trabalho, as suas relações insinuam-se de modo não uniforme, ora ganhando uma legislação especial, ora, como a partir de 1988 (CF, art. 7º), unificada ao direito do trabalho geral.

São importantes as normas da Organização Internacional do Trabalho, em especial a Convenção n. 105, de 1965.

Vigorou no Brasil, desde 1963, o *Estatuto do Trabalhador Rural*, procurando assegurar aos trabalhadores rurais quase os mesmos direitos atribuídos aos trabalhadores urbanos.

No entanto, essa legislação, embora bem-intencionada, foi, na prática, em muitos pontos, inaplicável por falta de condições de fiscalização e de atuação judicial adequada onde não existem Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, hoje transformadas em Varas do Trabalho.

Procurou-se instituir órgãos de conciliação prévia, que não chegaram a funcionar, e a lei que os criou veio a ser revogada.

Surgiram ideias que não se concretizaram, entre as quais a de uma Justiça Rural, com competência ampla, não limitada apenas a problemas de trabalho, mas à propriedade rural em geral.

O Estatuto do Trabalhador Rural acabou sendo revogado pela Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, cujo critério é o da extensão, pura e simples, ao trabalhador rural, da legislação trabalhista aplicável ao trabalhador urbano, com algumas restrições, o que não alterou substancialmente o seu elenco de direitos.

Apesar do avanço legislativo, subsistem problemas complexos que não foram ainda satisfatoriamente solucionados, como o abuso do trabalho infantil em colheitas, incompatível com a condição dos menores, expondo-os a duração excessiva em sua atividade sob o sol.

Outro problema é o trabalho degradante, que, aliado à privação da liberdade, pode configurar o trabalho escravo referido na Convenção n. 105, de 1965, da Organização Internacional do Trabalho, que preconiza a *abolição da escravidão por dívida e a servidão*. Esse problema levou o Ministério do Trabalho e Emprego, em 2003, a fazer 199 inspeções por meio de seu Grupo de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil. O trabalho escravo constitui irregularidade que pode caracterizar o crime de frustração ao direito do trabalho (Lei n. 9.777, de 1998, art. 203).

2. Sujeitos do contrato de trabalho

A Lei n. 5.889 *é aplicável a todo trabalhador rural e não apenas aos empregados rurais* (art. 17). A Constituição de 1988 (art. 7º) unifica os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, solidificando a diretriz já contida na lei ordinária. Com isso, todos os direitos que eram devidos apenas aos urbanos são assegurados aos rurais, como o Fundo de Garantia.

Sujeitos do contrato de trabalho rural são, de um lado, o empregador, assim entendida toda pessoa que exerce atividade agroeconômica, inclusive a exploração industrial em estabelecimento agrário, e, de outro lado, o empregado rural.

Empregado rural é o trabalhador que presta serviços em propriedade rural, continuadamente e mediante subordinação. Assim, será considerado como tal o trabalhador que cultiva a terra, que cuida do gado, e o pessoal necessário à administração da empresa ou atividade rural.

3. Contratos de trabalho

Na zona rural são comuns contratos de parceria e meação. Esses contratos não são, em princípio, de direito do trabalho. São regidos pelo Código Civil. Porém, a parceria e a meação impróprias são atraídas para a esfera do contrato de trabalho. Impróprias são as parcerias e meações fraudulentas, encobrindo um verdadeiro vínculo de subordinação jurídica e econômica.

O contrato de trabalho rural pode ter duração determinada e indeterminada. São admitidos contratos de safra (Lei n. 5.889, de 1973, art. 14), nos quais o trabalhador fica, durante o plantio ou a colheita, adstrito ao emprego, terminando a relação de empregado com o fim da safra.

Em 2008 (Lei n. 11.718, de 20 de junho) foi instituído o *contrato de trabalho rural por pequeno prazo*.

O prazo máximo é de 2 meses no decorrer de 1 ano, mediante expressa autorização em acordo ou convenção coletiva, seguida da identificação do trabalhador rural com a indicação do seu número de inscrição na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP — e do produtor rural e do imóvel onde o trabalho será realizado com a respectiva matrícula, anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social e contrato escrito. A contribuição previdenciária é de 8% sobre o salário de contribuição, o que deixa claro que a medida tem também, além da sua finalidade social, um objetivo arrecadatório. Assim é e fica claro porque a lei dispõe que é condição para a validade do contrato a ins-

crição do trabalhador no sistema previdenciário. Outra finalidade é a substituição da contratação do trabalhador rural por meio de intermediários — o *gato* — nos casos do *boia-fria*, que é considerado contribuinte individual. O empregado rural contratado por pequeno prazo terá todos os direitos trabalhistas assegurados aos empregados admitidos a prazo indeterminado.

4. Direitos peculiares

Se é certo que os direitos do trabalhador rural são, pela Constituição (art. 7º), os mesmos do urbano, é preciso ver também que alguns dos direitos previstos pela legislação ordinária (Lei n. 5.889, de 1973) são peculiares, entre os quais há aqueles que se mantêm, bem como outros que foram atingidos pela Constituição.

Entre os direitos que se mantêm e que são específicos estão o adicional noturno, que é de 25%, portanto, maior que o do trabalhador urbano, que é de 20%; os descontos pela ocupação da moradia na propriedade rural, até o limite de 20%; a dedução pelo fornecimento de alimentação, a preço da região, de até 25%; e o descanso na jornada de trabalho, após 6 horas de trabalho contínuo.

A cessão pelo empregador de moradia e de sua infraestrutura básica, assim como de bens destinados à produção para a subsistência pessoal e familiar do trabalhador, não integra o salário, desde que haja previsão do contrato escrito de trabalho, com testemunhas e notificação obrigatória ao sindicato dos trabalhadores (Lei n. 9.300/96). A lei retirou a natureza salarial dessas utilidades. Desse modo, não se somam nem integram a remuneração, para nenhum fim, encargos sociais, recolhimento de FGTS, cálculo de 13º salário etc.

5. Direitos comuns

O salário mínimo (Lei n. 5.889, art. 11), a partir da Constituição de 1988, é devido desde a idade mínima da admissão, que é 16 anos, como ocorre com o trabalhador urbano. A lei ordinária não pode dar tratamento inferior ao rural, diante da isonomia constitucional (art. 7º). Com a generalização do regime único do Fundo de Garantia pela Constituição de 1988, o período anterior ao enquadramento do rural

nesse sistema é indenizável, e o período posterior é regido pelas normas do Fundo de Garantia. Os rurais que adquiriram estabilidade decenal continuarão a tê-la, em face do direito adquirido. Aqueles que não obtiveram estabilidade decenal não mais a terão, diante da revogação da estabilidade pela Constituição de 1988. Enquanto lei complementar não disciplinar a matéria, na dispensa sem justa causa o rural terá direito a indenização pelo período anterior ao enquadramento, e ao Fundo de Garantia acrescido de 40% pelo período subsequente.

6. Prescrição

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a prescrição das ações judiciais de trabalhadores rurais (art. 7º, XXIX, *a* e *b*), adotava critério diferente daquele que é aplicável ao trabalhador urbano, permitindo a reclamação trabalhista de atrasados de todo o contrato de trabalho, qualquer que fosse esse período; esses atrasados, quanto ao urbano, são limitados a 5 anos.

De outro lado, permitia, ao empregador rural, a cada 5 anos, comprovar, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e dos seus representantes, desonerando-se, no caso de serem aceitas as contas, dessas obrigações.

As duas medidas foram revogadas pela Emenda Constitucional n. 28, publicada no *Diário Oficial* de 26 de maio de 2000, com a qual a prescrição das reclamações trabalhistas do rural passou a ser igual à do empregado urbano, com a prescrição dos seus direitos, ressalvados os dos últimos 5 anos, da data do ingresso da reclamação trabalhista, e a homologação quinquenal do cumprimento das obrigações perante o empregado desapareceu, uma vez que o art. 233 da CF, em que era prevista, foi revogado pela referida Emenda.

7. Moradia

A Lei n. 9.300, de 29 de agosto de 1996, dispõe que "a cessão pelo empregador, de moradia e de sua infraestrutura básica, assim como bens destinados a produção para sua subsistência e de sua fa-

mília, não integram o salário do trabalhador rural, desde que caracterizados como tais, em contrato escrito celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória ao respectivo sindicato de trabalhadores rurais". O propósito da lei é afastar do âmbito salarial a habitação quando meio indispensável para a prestação dos serviços, coincidindo, nesse ponto, com os critérios adotados para o trabalhador urbano, mas as formalidades exigidas pela lei podem dificultar o cumprimento dos seus objetivos.

8. Jurisprudência

Não apenas a lei, mas as sentenças normativas dispõem sobre direitos dos trabalhadores rurais, alguns comuns aos urbanos, outros específicos para a atividade rural, como a manutenção, pelo empregador, à disposição dos trabalhadores, de receituário agronômico dos defensivos agrícolas para prevenção e esclarecimentos sobre estes; o transporte, pelo empregador, com urgência, do acidentado no trabalho para atendimento médico; o oferecimento de condições de segurança nos veículos que transportam os trabalhadores para o local dos serviços; a proibição do carregamento de ferramentas de trabalho soltas junto às pessoas conduzidas nos veículos para os centros de trabalho; o fornecimento de água potável no local da atividade; a manutenção de caixas de medicamentos para primeiros socorros próximas de onde os trabalhadores estiverem executando os serviços; a instalação de abrigos rústicos para proteção contra chuvas; a justificação da falta de um dia por mês ou dois meio-dias para o chefe de família ir à cidade fazer compras etc.

É relevante, tendo em vista as novas tecnologias de trabalho ou de produção num país como o nosso, onde o agronegócio se encontra em plena expansão, o atendimento a determinadas perspectivas, como fez o TRT da 15ª Região, no Precedente n. 5 (Res. Ad. n. 12/95), segundo o qual "os empregadores que introduzirem novas tecnologias de trabalho ou de produção adotarão programas de treinamento e desenvolvimento técnico-profissional dos empregados representados pelo suscitante, bem como de sua readaptação, se for o caso, para aproveitamento em outras funções, compatíveis com as anteriores".

9. A realidade dos fatos sociais

O Brasil é um país com dimensões continentais, com áreas inóspitas à cultura, isoladas e sem vida organizada. Tem uma população, segundo dados do IBGE (2000), de 174.635.564 habitantes. A população ocupada em atividades rurais corresponde a 24%, na indústria a 19,3% e no comércio a 13,4%.

Apresenta contrastes regionais que vão das economias desenvolvidas às subdesenvolvidas; grandes empresas agroindustriais em áreas de mais de um Estado e culturas de exportação convivendo com culturas de subsistência e frentes de trabalho abertas em ações emergenciais para combate à fome nas secas do Nordeste; grandes latifúndios do Pará, Amazonas, Mato Grosso — e São Paulo é o 14º Estado entre os que têm os maiores latifúndios —, e pequenas propriedades rurais.

Dos estabelecimentos rurais, 3.085.841, ou seja, 52,9%, têm até 10 ha; 37% têm de 10 a 100 ha; 8,9% de 100 a 1.000 ha; 0,8% de 1.000 a menos de 10 mil ha; e 0,04, portanto 2.174 estabelecimentos rurais, têm mais de 10 mil ha; 39,9%, ou 9.274.548 pessoas, trabalham em propriedades rurais pequenas, de até 10 ha, e 31.280 pessoas em propriedades rurais de mais de 10 mil ha, para um total de 23.273.517 pessoas ocupadas (1998).

A renda agrícola aumentou de R$ 36,6 bilhões em 2001 para R$ 46 bilhões em 2002. No primeiro trimestre de 2002, o PIB agropecuário cresceu 4,4% comparado com igual período do ano anterior, resultado debitado, em grande parte, à soja, cuja safra cresceu 11% e atingiu o recorde de 41,8 milhões de toneladas. Houve ganhos expressivos também com as lavouras da laranja, milho, trigo e arroz, contribuindo o setor para garantir o saldo positivo da balança comercial e permitindo o crescimento do emprego rural em 2002 em 0,9%. A venda de máquinas agrícolas automotrizes, como tratores de roda e esteira, colheitadeiras, cultivadores e retroescavadeiras somou 18.643 unidades no primeiro semestre de 2002, superior em 21,2% ao registrado em igual período de 2001. Para assentamentos rurais de trabalhadores sem terra, promovidos pelo Programa de Reforma Agrária do Governo, o número de inscritos (2002) é 789 mil. As invasões do *movimento dos sem-terra* diminuíram, e as invasões, que eram de 397 (1996) fazendas, baixaram para 73 (2002).

10. A política das Constituições brasileiras

As Constituições brasileiras alternaram-se entre uma política *prescritiva* e uma postura *omissiva*. Quanto aos direitos dos trabalhadores, sempre foi social. Porém, quanto ao trabalhador rural, não há uniformidade nos critérios adotados.

A Constituição de 1934, já no período do intervencionismo estatal, foi a primeira a dispor sobre trabalho rural. São traços fundamentais que a marcam: 1) o *regulamentarismo*, ao ordenar a elaboração de leis sobre "condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país" (art. 121); 2) o *dualismo legislativo*, ao ordenar uma regulamentação especial para o trabalho agrícola; 3) o *realismo*, ao prever outras medidas além das estritamente trabalhistas: a) a fixação do homem no campo, a educação rural, e a preferência ao trabalhador nacional "na colonização e aproveitamento das terras públicas" (art. 121, § 4º); b) a cooperação, entre União e Estados, para organizar "colônias agrícolas", para "habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho" (art. 121, § 5º); c) a obrigação de ensino primário gratuito por toda empresa, industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, com mais de 50 pessoas ao todo e pelo menos 10 analfabetos (art. 139).

A Constituição de 1937 é desregulamentadora. Apesar do aparato estadonovista que a caracteriza, se é certo que enalteceu o operariado, não foi tão concessiva com o trabalhador rural. O direito do trabalho getulista não foi um direito para o trabalhador rural. A Lei Sindical rural é anterior, foi elaborada em 1903 (Dec. n. 979), antecedendo o período getulista. A CLT, de 1943, excluiu o trabalhador rural, salvo alguns dispositivos.

A Constituição de 1946 retomou a diretriz de 1934 em alguns dos seus temas: a) a fixação do homem no campo; b) o desenvolvimento de planos de colonização com o aproveitamento das terras públicas; c) a preferência, nos assentamentos, dos "nacionais e, entre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados" (art. 156); d) o direito de preferência dos posseiros para a aquisição de até 25 ha das terras devolutas nas quais tivessem morada habitual (art. 156, § 1º). Foi a Constituição de 1946 além. Assegurou ao trabalhador rural estabilidade

na empresa ou na exploração rural e indenização quando despedido, nos casos e nas condições que a lei viesse a estatuir (art. 157).

A Constituição de 1967 é, como a de 1937, omissa.

A Constituição de 1988, além de equiparar os direitos dos rurais aos dos urbanos, traça uma *política agrícola-social*: a) desapropriação, pela União, por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não cumpra a sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária (art. 184); b) preservação da pequena e média propriedade rural de proprietário sem outra propriedade e da propriedade produtiva (art. 185); c) promoção do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186) como um dos componentes da função social da propriedade.

Quanto ao conceito de função social da propriedade rural, dispõe que o descumprimento das obrigações trabalhistas a destipifica. Logo, permite desapropriação, para fins de reforma agrária, de imóvel rural onde os direitos trabalhistas não são respeitados.

Deu a Constituição um passo que a coloca, como instrumento jurídico, em posição de vanguarda. É mais tutelar do que as anteriores. São raríssimas as Constituições de outros países que asseguram maior proteção ao trabalhador rural do que a nossa, que igualou os seus direitos aos do trabalhador urbano e que autoriza a desapropriação da propriedade rural se os direitos trabalhistas não estiverem sendo cumpridos. O Código Penal considera crime contra a organização do trabalho fraudar direitos dos trabalhadores. Portanto, o nosso principal problema não está na falta de leis, mas na falta de *efetividade das leis*. O problema transcende o âmbito do trabalho.

Atividades poupadoras de mão de obra como a pecuária e massas de trabalhadores na agricultura em épocas de colheita aumentam o contingente de desocupados. Os salários são os mínimos ou próximos destes. Pequenos produtores não conseguem saldar os compromissos bancários, vendem os equipamentos, tratores e parte das suas terras. A mão de obra volante cresce.

Denunciam-se focos de trabalho forçado com sujeição física ou psicológica do trabalhador; pratica-se o *sistema de barracões*: o trabalhador só pode comprar no armazém da propriedade rural, a dívida é sempre maior do que o salário, nunca pode pagá-la, não pode

afastar-se da propriedade enquanto não saldar a dívida, que nunca saldará, o que equivale a prisão por dívida. O Brasil está entre os 9 países com problemas de escravidão (81ª Conferência Internacional do Trabalho, de 1994, da OIT — Organização Internacional do Trabalho), e o Ministério do Trabalho e Emprego tem um grupo de combate ao *trabalho escravo.*

Os conflitos entre proprietários rurais e os sem-terra não terminaram. De acordo com estudo do Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária (Nera), instituição vinculada à Universidade Estadual Paulista (Unesp), de 1988 a 2007 ocorreram 7.561 invasões de propriedades rurais no País — uma média próxima de mais de uma invasão por dia, o que mostra a gravidade do problema da reforma agrária entre nós. Há outras instituições que pesquisam o número de invasões: a Comissão Pastoral da Terra (CPT), a Ouvidoria Agrária Nacional e a Dataluta (braço estatístico do Nera). O pior cenário está no Pontal do Paranapanema, no oeste do Estado de São Paulo. As invasões ali começaram na década de 80, ganharam força com a chegada do Movimento dos Sem-Terra (MST), nos anos 90, e ainda não pararam[1].

11. Conceito legal de trabalho análogo ao escravo

O Brasil é visto, pela comunidade internacional, como o país campeão em trabalho escravo, embora não o seja, o que, evidentemente, é prejudicial à nossa imagem e nos impõe restrições éticas e econômicas em nossa vida negocial internacional, mas o que cabe ver é se, embora louváveis os oportunos esforços no sentido de combater situações de graves irregularidades trabalhistas, a natureza destas, por piores que sejam, coincidem com os padrões legais e internacionais configuradores do trabalho escravo. Trata-se de saber o conceito legal de trabalho escravo ou de condição análoga à de escravo, questão delicada sobre a qual a legislação brasileira é pouco elucidativa, como mostram os seus escassos textos.

Não há, em nosso sistema normativo, a não ser o art. 149 do Código Penal, definição de trabalho escravo ou de condição análoga à de

1. Fonte: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080707/not_imp201666,0.php

escravo, embora existam, o que está absolutamente correto, diversas regras de combate ao referido tipo de trabalho, como não poderia deixar de ser. Mostra-se, a toda evidência, ilógico prever efeitos trabalhistas, que são diversos, decorrentes da configuração de uma situação típica cuja descrição não é objetivada pela legislação trabalhista, o que é indesejável porque cada caso concreto é interpretado de acordo com as conclusões subjetivas do intérprete, administrativo ou judicial. O sociólogo poderá estudar o fenômeno jurídico sem qualquer preocupação conceitual do fenômeno que visa a analisar e a descrever; porém, o jurista, e aqui estamos no mundo do Direito, não poderá jamais extrair efeitos, especialmente sancionatórios, sem uma descrição típica conceitual da qual possa partir.

O conceito, a definição ou a caracterização do que seja trabalho escravo contemporâneo ou trabalho forçado é indeterminado na legislação trabalhista brasileira, fato que gera intensa insegurança aos empregadores e cizânia entre juristas. Não há de se afastar sua importância, pois não se pensa absolutamente sem categorias. Disse-o Kant em sentença curta e incisiva: *pensar é conhecer por conceitos.* E o jusfilósofo Giorgio Del Vecchio, neokantiano, ratifica: *Como, porém, não podemos raciocinar, nem sequer pensar, sem conceitos, devemos sempre continuar a esforçar-nos por compreender a realidade dentro de formas lógicas e universais.*

E como é que devemos olhar para este problema de modo a tornar possível sua solução? Pergunta Ludwig Wittgenstein, para em seguida responder que a primeira coisa a fazer é *torná-lo claro e bem delimitado.*

A Constituição Federal, art. 5º, XIII, declara que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Consagra, assim, o princípio da liberdade de escolha de profissão e assegura a liberdade de trabalho, sem outros detalhes, portanto, silenciando sobre outros aspectos, entre os quais a definição em questão. O art. 1º considera princípios fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O art. 5º, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, assegura que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, protegendo os direitos de personalidade ao declarar que são invioláveis a intimidade, a

vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação. Finalmente, proclama, também, o direito à livre locomoção.

O Código Penal dispõe: "Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (redação dada pela Lei n. 10.803, de 11-12-2003) Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência (redação dada pela Lei n. 10.803, de 11-12-2003). § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I — cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II — mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I — contra criança ou adolescente; II — por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (incluído pela Lei n. 10.803, de 11-12-2003)".

O texto penal não contém uma definição geral de trabalho em condição análoga à de escravo. Enumera casos ou situações que considera suas configuradoras, a saber: submeter alguém a *trabalhos forçados* ou a *jornada exaustiva*; *restringir*, por qualquer meio, sua *locomoção em razão de dívida* contraída com o empregador ou preposto; cercear qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de *retê-lo no local de trabalho*; manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou apoderar-se de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de *retê-lo no local de trabalho.*

O Professor Damásio E. de Jesus (*Código Penal anotado*) leciona que "anteriormente, tratava-se de crime de forma livre, que admitia qualquer meio executório". Com a mudança, passou a constituir delito de forma vinculada. De modo que só integram o tipo aquelas condutas especificamente detalhadas. Note-se que, conforme a ementa legislativa, a Lei visou estabelecer "as hipóteses em que se configura a condição análoga à de escravo".

Neste contexto, havia muita discussão na doutrina e jurisprudência acerca da perfeita caracterização do que constituiria realmente a

chamada "condição análoga à de escravo", um termo genérico que deveria ter sido evitado pelo legislador em face do princípio penal norteador da tipicidade legal.

Ocorre que a nova lei trouxe de forma mais clara e precisa o que constituiria o conceito de "condição análoga à de escravo". Portanto, de acordo com a Lei n. 10.803/2003, tal condição estará caracterizada quando a vítima for submetida a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer pela restrição, por qualquer meio, da sua liberdade de locomoção direta ou em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Ademais, incorrerá nas mesmas penas quem: a) cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; b) mantiver vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Com efeito, a Lei n. 10.803/2003 ainda previu duas hipóteses de causas especiais de aumento de pena para tal delito (não existia nenhuma majorante antes prevista). Agora, será aumentada a pena pela metade, quando o delito em tela for cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

A Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, com a redação dada pela Lei n. 10.608, de 20 de dezembro de 2002, assegura o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo: "Art. 2º, I — prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo". Também esse dispositivo legal não tem um conceito de trabalho em condição análoga à de escravo, e parte do pressuposto de que essa situação tenha-se verificado, sem tipificá-la, para concessão de seguro-desemprego.

Há outros ilícitos penais: Código Penal, art. 149: recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro (art. 206); inserir ou fazer inserir na folha de pagamento ou em documento de informação destinado a fazer prova, perante a previdên-

cia social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório (art. 297, § 3º, I); incluir na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, em documento contábil ou qualquer outro relacionado com a empresa e suas obrigações previdenciárias, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita (incs. II e III), e omitir, nos documentos acima mencionados, nome de segurado e seus dados pessoais, remuneração, vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços (§ 4º); falta de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 337-A); deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional, deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público, ou deixar de recolher no prazo e na forma legal contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços (art. 168-A); constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função (art. 216-A).

Esse elenco de infrações penais, que podem ocorrer no meio urbano ou rural, tipifica-se de forma própria e não se confunde com condição análoga à de escravo, que é prevista em outro dispositivo (art. 149), o que é suficiente para concluir que não se confundem essas diferentes hipóteses legais.

O art. 149 apresenta uma enumeração taxativa que não comporta ampliações pelo intérprete, como é próprio de toda lei penal; pressupõe a violação à liberdade de locomoção, direta ou indireta, esta em razão de dívida contraída com o empregador, ou a submissão da vítima a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva.

O Ministério do Trabalho e Emprego — MTE, na tentativa de regular a matéria, editou a Instrução Normativa Intersecretarial n. 1, de 24 de março de 1994, que serve de diretriz para os Auditores Fiscais, no ato da fiscalização: "DO TRABALHO ESCRAVO (FORÇADO). Constitui-se forte indício de trabalho forçado a situação em que o trabalhador é reduzido à condição análoga a de escravo por meio de

fraude, dívida, retenção de salários, retenção de documentos, ameaças ou violência que impliquem no cerceamento da liberdade dele ou de seus familiares, em deixar o local onde presta seus serviços, ou mesmo quando o empregador se negar a fornecer transporte para que ele se retire do local para onde foi levado, não havendo outros meios de sair em condições seguras, devido às dificuldades de ordem econômica ou física da região". A Portaria n. 540 não conceitua a figura, apenas cria o Cadastro dos Infratores.

O Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT, relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, decorrente da 89ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 2001), chama a atenção, já no *resumo,* para a expressão "trabalho forçado", que *tem um preciso significado jurídico, e não deveria ser confundido com a terminologia popular que às vezes lhe é dada para descrever trabalho mal remunerado, perigoso ou realizado em condições gerais de exploração.* Destaca que o que caracteriza o trabalho forçado é a *contratação coercitiva* (p. ex., quando o empregado fica impedido física e legalmente de abandonar o domicílio do empregador). A problemática possui nexo direto com outra questão: *o tráfico de pessoas*, onde se destaca que há "países de origem", "países de trânsito" e "países receptores". O Relatório cita os elementos coercitivos: o trabalho forçado, a servidão por dívidas e práticas análogas à servidão. Estabelece, ainda, um vínculo entre o tráfico moderno e as formas atuais de servidão por endividamento.

No âmbito da OIT — Organização Internacional do Trabalho —, o Programa Internacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (IPEC) tem buscado uma abordagem holística da questão, ressaltando a importância da aplicação prática de serviços de consultoria como forma de assegurar que o trabalho forçado não esteja sendo praticado.

As Convenções Internacionais que tratam do Trabalho Forçado são as de número 29 (Trabalho Forçado, 1930) e 105 (Abolição do Trabalho Forçado, 1957)[2], persistentes em convidar ao aprofundamen-

2. Convenção n. 29 — Trabalho forçado (1930): dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos etc.

to da compreensão do problema e a redobrados esforços para a eliminação de todas as formas dessa espécie de trabalho que atenta contra a liberdade humana.

O Relatório da OIT, após examinar antecedentes históricos da proibição do trabalho forçado, estuda detidamente as principais formas de manifestação: escravidão e raptos; participação obrigatória em projetos de obras públicas; trabalho forçado na agricultura e em regiões rurais remotas (sistemas de recrutamento coercitivo); trabalhadores domésticos em situação de trabalho forçado; trabalho em servidão por dívida; trabalho forçado imposto por militares; trabalho forçado no tráfico de pessoas; alguns aspectos do trabalho em penitenciárias e da reabilitação por meio do trabalho.

Mulheres, minorias étnicas ou raciais, migrantes, crianças e, sobretudo, pessoas pobres compõem os grupos mais vulneráveis a essas formas contemporâneas de trabalho forçado. A OIT ressalta que as formas contemporâneas de trabalho forçado exigem urgentemente mais pesquisas e atenção, para preparar o terreno para indicadores e avaliações mais precisos e com perspectiva de gênero como base para uma definição política e ação futura.

No primeiro capítulo do Relatório Global de 2001 já consta advertência: Ao se falar de trabalho forçado, é preciso ter muito cuidado com a terminologia utilizada. É comum os meios de comunicação a ele se referirem como "escravidão moderna", associando o conceito a condições abusivas de trabalho ou salários muito baixos. *Trabalho forçado* é expressão jurídica, mas também um fenômeno econômico. Não será possível "respeitar, promover e tornar realidade" o princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório sem se conhecer o exato significado dessa expressão. Sua definição completa contempla exclusões, mas a ideia básica é bastante clara. Foi enunciada na primeira convenção da OIT sobre a matéria, a Convenção n. 29, de 1930, artigo 2º (...).

Convenção n. 105 — Abolição do trabalho forçado (1957): proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão de obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.

Dispõe o artigo 2º da Convenção n. 29 da OIT: "1. Para fins desta Convenção, a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. 2. A expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano; c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição; d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizoóticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população; e) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços".

Na Seção 4, do Relatório, são analisadas as incidências em vários países do mundo, inclusive no Brasil, onde se relata:

"Casos de trabalho forçado têm sido localizados na mineração e no trabalho sazonal de desmatamento, na produção de carvão vegetal e numa série de atividades agrícolas entre as quais o corte de cana, a plantação de capim e a colheita de algodão e de café. (...) O principal aspecto do trabalho forçado nas áreas rurais brasileiras é o uso do endividamento para imobilizar trabalhadores nas propriedades até a quitação de suas dívidas, em geral contraídas de modo fraudulento. É uma atividade clandestina e ilegal, difícil de ser combatida por diversos fatores, entre os quais a imensa extensão do país e as dificuldades de comunicação".

Entre as limitações a que são submetidos trabalhadores rurais, incluem-se a imposição de dívidas pelo transporte, alimentação e ferramentas de trabalho, a retenção de documentos de identidade e carteiras de trabalho, além do recurso a ameaças físicas e a castigos por parte de guardas armados.

Verifica-se, portanto, quão grave é a situação dos trabalhadores que vivem em tal situação, o que difere, irretorquivelmente, daqueles que trabalham em situação que desatende às exigências da legislação trabalhista, configurando, neste caso, irregularidade administrativa, mas não tipificação penal.

O Relatório Anual do Governo da Índia (OIT) ressalta, pelo ponto de vista de seu governo, que o trabalho pode ser forçado não só devido à força física (...), mas também devido à fome e à pobreza que obrigam um trabalhador a aceitar um emprego por uma remuneração inferior ao salário mínimo legal.

Portanto, para caracterização do trabalho forçado é essencial que haja *supressão da liberdade da pessoa e, ainda, castigo para aqueles que resistem à realização das atividades determinadas.* A OIT estabelece, pelo Relatório-2005, dois elementos básicos para caracterização do trabalho forçado: *trabalho ou serviço imposto sob ameaça de punição e aquele executado involuntariamente.* E ressalta que uma situação de trabalho forçado é determinada pela natureza da relação entre uma pessoa e um empregador e não pelo tipo da atividade desenvolvida, por mais duras ou perigosas que possam ser as condições de trabalho. Nem é a legalidade ou ilegalidade da atividade, segundo leis nacionais, que determina se o trabalho é ou não forçado.

A Convenção n. 105, de 1965, da Organização Internacional do Trabalho, preconiza a *abolição da escravidão por dívida e a servidão.*

Que é trabalho escravo ou em condição análoga? É uma forma específica de trabalho forçado. Caracteriza-se pelo cerceamento real da liberdade de uma pessoa. A modalidade mais comum é o endividamento: impõe-se ao trabalhador uma dívida que ele não contraiu ou que ele não acordou, geralmente associada a transporte, comida, alojamentos e equipamentos. Frequentemente, documentos são retidos. Muitas vezes, capatazes ou guardas armados ameaçam os trabalhadores e os impedem de fugir do local para regressarem à comunidade

onde foram recrutados por "gatos" (aliciadores), sob falsas promessas de salário.

No âmbito rural, mesmo quando não existam ameaças explícitas, a liberdade pode ser inibida pelo isolamento, pela distância, pela falta de opção de transporte, pelo medo gerado em testemunhar casos frequentes de trabalhadores mortos ou desaparecidos. No âmbito urbano, que geralmente envolve imigrantes clandestinos, a liberdade pode ser inibida por ameaças de os trabalhadores serem entregues às autoridades locais para serem sujeitos à deportação.

O que não é trabalho escravo ou análogo? Não se traduz em condições degradantes, indecentes, inseguras ou ilegais. Tampouco significa salários abaixo do padrão exigido. Desde que essas condições não envolvam cerceamento ou inibição de liberdade, não há a tipificação.

O conceito de trabalho escravo tem um pressuposto inafastável, sem o qual não se completa nem permite que no seu conteúdo sejam incluídas hipóteses nas quais a premissa não se evidencie, o constrangimento no recrutamento, o trabalho forçado no seu desenvolvimento, a restrição à liberdade do prestador de se desligar da situação que se formou, direta por meios físicos ou morais, ou indireta em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto com o fim de retê-lo no local de trabalho, pela apreensão de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, para mantê-lo, contra a sua vontade, na situação subjugada em que ele ou seus familiares se encontram.

§ 59. Contrato de emprego doméstico

Sumário: 1. Definição. 2. Normas de trabalho. 3. A Lei de 2006.

1. Definição

Aplicável aos empregados domésticos no Brasil é a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972.

Doméstico é "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas" (art. 1º). A característica do empregado doméstico resulta da inexistência de fins econômicos no trabalho que exerce para pessoa ou família. Doméstico é o cozinheiro, o faxineiro, o motorista, o jardineiro etc. Porém, se na residência há atividade econômica, e o empregado nela colabora, não será doméstico, mas empregado, com todos os direitos da CLT, como no caso de uma pessoa que vende bijuterias na própria casa, auxiliada por um empregado. Um dentista, com consultório na própria residência, terá como empregado, e não como doméstico, aquele que faz a limpeza da sua sala, enquanto a fizer. Não é doméstica a cozinheira de uma pensão, porque aqui há atividade lucrativa. Porém, será doméstico o casal que toma conta de uma chácara residencial. Se na chácara existir produção e comercialização, aqueles que nela trabalham não serão domésticos.

2. Normas de trabalho

Os empregados de prédios de apartamentos residenciais em condomínio não são regidos pela lei dos domésticos, mas pela CLT.

A Lei n. 5.859, de 1972, fixou como direitos do doméstico a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, férias anuais de 20 dias, ampliadas para 30 dias (Lei n. 11.324/2006), e previdência social.

A Constituição de 1988 (art. 7º, parágrafo único) estendeu ao doméstico os seguintes direitos previstos para os empregados em geral: a) salário mínimo; b) irredutibilidade do salário, salvo negociação; c) décimo terceiro salário; d) repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos; e) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; f) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias; g) licença-paternidade, que é de 5 dias; h) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias; i) aposentadoria; j) integração na previdência social.

O Decreto n. 3.361, de 10 de fevereiro de 2000, *faculta* ao empregador doméstico inscrever o empregado no regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A inclusão é irretratável com relação ao respectivo vínculo contratual e sujeita o empregador às obrigações estabelecidas para todo empregador quanto ao FGTS, como preencher guias e enviar informações aos órgãos de fiscalização, efetuar recolhimentos mensais no valor correspondente a 8% dos salários e, se despedir sem justa causa, pagar indenização de 40% incidentes sobre o total dos depósitos que efetuou, obrigações que não terá o empregador doméstico que não inscrever o empregado nesse regime. Se o doméstico estiver inscrito no FGTS, terá direito ao seguro-desemprego.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem-se posicionado sobre diversas questões, entre as quais a caracterização como eventual, e não como empregatício, da diarista de três dias por semana (TST, 4ª T., RR 548.762, de 1999, Rel. Min. Alberto Bresciani); a configuração do vínculo de emprego com a empresa de não doméstico quando o motorista é contratado para atender a seus diretores e não à família (TST, AGRR 515.986, de 1998, 4ª T., Rel. Min. Milton de Moura França, *DJ*, 21 jun. 2002); a duração de vinte dias das férias (TST, 5ª T., RR 464018, de 1998, Min. Guedes e Amorim); a não existência da estabilidade provisória da gestante (TST, 1ª T., RR 436.259, de 1998, Rel. Min. João Oreste Dalazen, *DJ*, 8 fev. 2002); a

desnecessidade de homologação dos pagamentos da rescisão contratual do art. 477 da CLT (TST, 3ª T., RR 513.933, de 1988, Rel. Min. Reis de Paula, *DJ*, 14 dez. 2001); a caracterização como doméstica da atividade do vigia noturno contratado por vários moradores (TST, 5ª T., RR 326.953, de 1996, Rel. Min. Darcy Carlos Mahle, *DJ*, 17 dez. 1999); a não existência de direito a férias proporcionais (TST, SDI-1, ERR 324.225, de 1996, Rel. Min. Vantuil Abdala, *DJ*, 26 maio 2000); e a não configuração de insalubridade pelo uso de saponáceo, sabões, clorofina e Alvex sem uso de luvas, produtos de utilização doméstica de pouca concentração de elementos químicos danosos diluídos em água (TST, 4ª T., RR 474.073, de 1998, Rel. Min. Beatriz Goldschmidt, *DJ*, 24 maio 2001).

3. A Lei de 2006

Em 2006 foi aprovada a Lei n. 11.324, de 19 de julho, que alterou dispositivos da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, nos seguintes pontos: a) até o exercício de 2012, ano-calendário de 2011, a contribuição patronal paga à Previdência Social pelo empregador doméstico incidente sobre o valor da remuneração do empregado; b) as deduções que o empregador pode fazer quanto às contribuições previdenciárias recolhidas passaram a ter limites; c) o empregador doméstico poderá recolher a contribuição do segurado empregado a seu serviço e a parcela a seu cargo relativas à competência novembro, até o dia 20 de dezembro, juntamente com a contribuição referente ao 13º salário, utilizando-se de um único documento de arrecadação; d) é vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, e as despesas efetuadas pelo empregador a esses títulos não têm natureza salarial; e) poderão ser descontadas as despesas com moradia quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes; f) o empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas de 30 dias com, pelo menos, 1/3 a mais que o salário normal, após cada período de 12 meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família; g) é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

§ 60. Contrato do servidor público de direito privado

Sumário: 1. Regime estatutário. 2. Regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

1. Regime estatutário

São três os regimes de trabalho do servidor público: o *regime de cargos*, o *regime de empregos* e o *regime temporário,* o primeiro também denominado estatutário, abrangendo funcionários públicos regidos pelas leis do direito administrativo, inclusive integrantes de cargos de confiança que só podem ser ocupados por servidores ocupantes de cargos efetivos (CF, art. 37, V, e Lei n. 8.112, de 1990), o segundo aplicável ao pessoal de direito privado contratado pela Administração Pública direta e indireta pelo sistema da CLT (CF, art. 37, II), e o terceiro para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX).

Peculiaridades justificam a natureza especial do contrato de trabalho do pessoal regido pela CLT, das quais a principal é o concurso público (CF, art. 37, II).

Cumpre distinguir situações.

A Administração Pública é indireta e direta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 37).

São órgãos da Administração indireta as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços. Essas instituições estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, *trabalhistas* e tributárias (CF, art. 173, § 1º, II). Portanto, a natureza do vínculo jurídico entre os que trabalham e as instituições para as quais trabalham é de natureza privada. Assim, aos empregos é aplicável a mesma legislação do trabalhador do setor privado e formalizado por contrato individual de trabalho, mas a admissão nos serviços depende de concurso público (CF, art. 37, II), cuja inobservância cria uma questão que os Tribunais vêm decidindo e que tem como ponto nuclear saber se é nulo o vínculo e quais direitos trabalhistas devem ser garantidos àqueles que prestaram esses serviços sem concurso público de ingresso para investidura no emprego e já receberam salários, tema examinado no estudo da nulidade nos contratos de trabalho.

A Administração Pública direta é integrada pelas organizações do Estado que exercem funções administrativas inerentes aos seus fins, abrangendo o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário e o seu pessoal que presta serviço público como exercentes de cargos e funções públicas mediante concurso de ingresso, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação ou exoneração (CF, art. 37 e incisos).

A natureza do vínculo de trabalho entre o servidor público e o Estado é de direito público, de acordo com a legislação federal, estadual e municipal, que fixa os seus direitos de modo que a fonte normativa dos seus direitos não é o contrato, mas o estatuto dos funcionários públicos, daí falar em *regime estatutário.*

O estatutário tem assegurados, pela Constituição Federal, além dos direitos próprios dos servidores públicos, alguns direitos previstos para o pessoal do setor privado, portanto comuns ao setor público e privado: direito à livre associação sindical (CF, art. 37, VI); direito de greve nos limites definidos por lei específica (CF, art. 37, VII); contratação por prazo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público nos casos especificados por lei (CF,

art. 37, IX), divergindo os intérpretes quanto à natureza trabalhista ou estatutária desse *contrato*; e irredutibilidade dos vencimentos (CF, art. 37, XV).

O regime jurídico único dos servidores públicos federais foi extinto, e a Emenda Constitucional n. 19 dispõe sobre um regime jurídico próprio para as áreas de segurança pública, diplomacia, tributação, fiscalização, procuradorias e magistratura, que são atividades inerentes ao Estado como Poder Público.

2. Regime da Consolidação das Leis do Trabalho

Pode-se, como regra, dizer que ao contratar alguém para um emprego público, na administração direta, autárquica ou fundacional pública, e o fizer por meio de contrato de trabalho regido pela CLT, o Estado terá de o fazer por concurso público para investidura no emprego. No caso, o quadro de direitos será o comum ao setor privado, mas o regime contratual é vedado para as funções a que se refere a Emenda Constitucional n. 19, anteriormente relacionadas.

§ 61. Contrato do advogado

Sumário: 1. O advogado empregado.

1. O advogado empregado

O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) fixa algumas regras sobre o advogado com relação de emprego, que passam a ser resumidas.

Quanto à jornada de trabalho, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas (EAOAB, art. 20, § 1º). Portanto, o advogado em audiência para o empregador terá esse tempo contado.

O Estatuto fixou-a em quatro horas diárias, salvo regime de dedicação exclusiva, e o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (*Diário da Justiça* n. 203, 25 out. 1994, Seção I, p. 29040), que é a interpretação da lei pelo próprio órgão que a motivou, define dedicação exclusiva (art. 12 e §§ 1º e 2º) nos seguintes termos: "Art. 12. Considera-se dedicação exclusiva a jornada de trabalho do advogado empregado que não ultrapasse quarenta horas semanais, prestada à empresa empregadora. § 1º Prevalece a jornada com dedicação exclusiva, se este foi o regime estabelecido no contrato individual de trabalho quando da admissão do advogado no emprego, até que seja alterada por convenção ou acordo coletivo. § 2º A jornada de trabalho prevista neste artigo não impede o advogado de exercer outras atividades

remuneradas, fora dela". Por outro lado, dispõe o art. 13 do mesmo Regulamento: "Art. 13. Se não houver convenção ou acordo coletivo, prevalece a jornada de trabalho estabelecida no art. 20 do Estatuto. Parágrafo único. Considera-se jornada normal do advogado empregado, para todos os efeitos legais, inclusive de não incidência da remuneração adicional de que cuida o § 2º do art. 20 do Estatuto, não só a fixada em quatro horas diárias contínuas e vinte horas semanais, mas também aquela maior, até o máximo de oito horas diárias e quarenta horas semanais, desde que estipulada em decisão, ajustada em acordo individual ou convenção coletiva, ou decorrente de dedicação exclusiva".

O Regulamento não contraria a lei, simplesmente preenche suas lacunas, uma vez que a norma legal é silente, prevê a dedicação exclusiva, e o Regulamento da própria OAB a definiu. Completam-se, e não se contradizem, os dois textos normativos, que devem ser examinados em conjunto. Assim, é insubsistente a alegação de inconstitucionalidade do Regulamento, mesmo porque ele em nada fere a Constituição Federal. Nem se poderá falar em ilegalidade, pois não desatende a lei, ao contrário, integra-a diante da lacuna, regulamentando o conceito de dedicação exclusiva a que ela não se referiu.

O Conselho Federal da OAB já se pronunciou:

"Dedicação exclusiva. O Regulamento Geral supera o paradigma do Direito Administrativo de que a condição de dedicação exclusiva impede o exercício profissional em outras atividades. Apesar do regime de dedicação exclusiva no emprego, o advogado pode ter outras fontes de renda. O regime de dedicação exclusiva fica caracterizado, no emprego, para a jornada de trabalho de até 40 horas semanais..." (*Jornal do Conselho Federal OAB*, n. 39/94, Anexo 7).

"Ementa O. E. 014/95. Advogado empregado. Jornada de trabalho. São compatíveis os artigos 12 e 13 do Regulamento Geral com o artigo 20 da Lei 8.906/94. Inteligência sistemática dos preceitos legais" (Proc. O. E. n. 12/95 e 25/95, acórdão de 12-6-1995, Cons. Rel. Paulo Luiz Netto Lôbo).

A posição doutrinária corrobora a tese, como evidenciam os seguintes exemplos:

"... É preciso sublinhar impor-se o regime de dedicação exclusiva a todos os advogados empregados que já estivessem cumprindo jorna-

das normais, ou por força de cláusula expressa de contrato de trabalho ou em virtude de condição tácita decorrente de habitualidade" (Octavio Bueno Magano, Advogado empregado, *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 1/95, p. 16, 1ª quinzena de jan./95).

"Depois, por que quatro horas? Não há o que justifique tão curta duração diária do trabalho, e que é uma duração insuficiente para que o advogado possa prestar serviço útil a uma empresa ou a um escritório. Pretender que sejam extraordinárias as horas excedentes daqueles números e, mais, pagas com adicional de cem por cento ou mais, é condenar a maioria dos advogados-empregados ao desemprego. É uma proteção que desprotege. Mais, impor que assim seja 'mesmo havendo contrato escrito' é reduzir o advogado à condição de civilmente incapaz, igualá-lo aos 'loucos de todo gênero' a que alude o Código Civil" (Júlio Assumpção Malhadas, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, *Suplemento Trabalhista*, LTr, *129*:728-9, 1994).

A jurisprudência igualmente acompanha o entendimento, como se nota na ementa transcrita abaixo:

"Jornada de trabalho. Advogado. Dedicação exclusiva. Lei n. 8.906/94 e Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Exegese. Jornada de advogado empregado. Dedicação exclusiva. Lei n. 8.906/94. Carga horária de 40 horas semanais, com 8 horas de jornada, configura a hipótese de dedicação exclusiva a que se refere o art. 20, *caput*, parte final, da Lei n. 8.906/94, como exceção que obsta a incidência da jornada reduzida, introduzida por aquele diploma. Dedicação exclusiva, nos termos da lei, e em face do contido no art. 12, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, significa, em verdade, a limitação da duração do trabalho a 40 horas semanais, ou 8 horas diárias, situação em que se enquadra o reclamante, desde o início da relação de emprego" (Ac. TRT, 10ª Reg., 3ª T., RO 3.725/97, Rel. Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, *DJU*, 19 dez. 1997, p. 31731).

Assim, o advogado com dedicação exclusiva deve ter jornada normal diária de oito horas e semanal de quarenta. Indevidas serão, nesse caso, horas extraordinárias, a não ser as excedentes a tal período. A dedicação exclusiva é excludente da jornada limitada de quatro horas, e o seu conceito é regulamentar, correspondendo ao regime de

quarenta horas semanais para o mesmo empregador, não a descaracterizando o fato de o advogado exercer outras atividades remuneradas fora dela.

O contrato individual de trabalho é escrito, verbal, tácito ou expresso (CLT, art. 443), sendo a jornada contratual do advogado empregado de oito horas admitida. Assim, qualquer das formas contratuais previstas pela CLT, desde que inequívocas, são válidas. Acordo ou convenção coletiva de trabalho com o sindicato dos advogados poderão estabelecer outros critérios definidores da dedicação exclusiva.

O piso salarial é o fixado em acordo ou convenção coletiva de trabalho (EAOAB, art. 19), mas, quanto a sua fixação por meio de sentença normativa, apesar de autorizada pelo Estatuto, há divergências diante da jurisprudência do STF (RE 197.911-9/PE), segundo a qual o poder normativo da Justiça do Trabalho não pode ser exercido para estabelecer pisos salariais. Onde há sindicato dos advogados, o piso será o neste previsto. Quando a jornada for de quatro horas, devido será o piso salarial fixado no acordo coletivo do sindicato, elevando-se, proporcionalmente, seu valor na medida do aumento dessa jornada. Assim, se a jornada for de seis horas, o salário será de um piso e meio; se de oito, de dois pisos; indevido será, nesse caso, o pagamento de horas extraordinárias, a não ser pelas excedentes de oito diárias.

O trabalho entre 20h de um dia e 5h do dia seguinte é remunerado como noturno, e o adicional legal é de 25% (EAOAB, art. 20, § 3º). A incidência será sobre o salário horário contratual.

O Estatuto (art. 21) assegurou ao advogado empregado honorários de sucumbência, mas há divergências ainda não solucionadas definitivamente pelo Poder Judiciário. Se o empregador é sociedade de advogados, serão partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo (EAOAB, art. 21). A natureza jurídica dos honorários de sucumbência é a de despesas processuais (CPC, art. 20). Dispõe o art. 14 do Regulamento: "Os honorários de sucumbência, por decorrerem precipuamente do exercício da advocacia e só acidentalmente da relação de emprego, não integram o salário ou a remuneração, não podendo, assim, ser considerados para efeitos trabalhistas ou previdenciários". Essa diretriz encontra respaldo na Constituição Federal, art. 7º, XI, que desvincula dos salários a participação nos resultados, da

qual podem ser considerados uma modalidade. O direito surge com o trânsito em julgado da decisão judicial que os fixou. Portanto, honorários de sucumbência são aqueles fixados na decisão judicial. Há controvérsia quanto ao direito nos casos de acordo no processo antes da decisão judicial ou fora dele. Por se tratar de despesa processual, serão devidos quando aquela também o for.

A relação de emprego não restringe a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. O advogado não está obrigado a prestar serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores fora da relação de emprego (EAOAB, art. 18 e parágrafo único).

§ 62. Contrato de vendedor empregado

Sumário: 1. Vendedor empregado.

1. Vendedor empregado

Há vários tipos de vendedores, entre os quais o balconista, que presta serviços internos em loja; o motorista vendedor, que em veículo da empresa ou por esta fornecido efetua vendas externas; o entregador-vendedor de botijões de gás, que no caminhão da empresa percorre as ruas da cidade para efetuar a sua venda; o vendedor de seguros; o vendedor de carnês de sorteio de prêmios, assim por diante. Como a Lei n. 3.207, de 1957, declara que os seus dispositivos, caracterizada a relação de emprego, são aplicáveis a "quantos exercerem funções iguais, semelhantes ou equivalentes aos empregados viajantes, embora sob outras designações" (art. 10), a todos os vendedores empregados as mesmas normas devem ser observadas.

A relação jurídica que se estabelece entre vendedor pracista ou viajante, regida pela Lei n. 3.207, de 1957, pressupõe a configuração do vínculo de emprego e este é tipificado pelos arts. 2º e 3º da CLT, que exigem, para a existência de vínculo de emprego, como é sabido, o trabalho prestado por pessoa física para empresa ou ente equiparado, contínuo, remunerado e não eventual e com pessoalidade.

Ambos têm como característica da sua profissão a intermediação em vendas efetuadas para o empregador, mediante comissão, nada impedindo que o seu ganho seja misto, uma parte fixa e outra variável

das comissões. Se, além das vendas, o empregado fizer serviços de inspeção ou fiscalização, terá direito a um adicional de 1/10 da remuneração (art. 8º), critério que, por analogia, deve ser aplicado também para o caso do vendedor que efetua cobranças das suas vendas, já que a lei não o determina, embora a cobrança possa caracterizar-se como situação semelhante à fiscalização e inspeção.

Presentes esses requisitos, o vínculo, por ser de emprego, é regido pela CLT, cujos preceitos são aplicáveis, além dos direitos específicos da citada lei, que dispõe sobre dois tipos de empregados vendedores: o pracista, para designar aquele que presta serviços em uma localidade determinada; e o viajante, que se desloca entre diversas localidades, hipótese em que o empregado vendedor-viajante não poderá permanecer em viagem por tempo superior a 6 meses consecutivos e em seguida a cada viagem terá um intervalo para descanso calculado na base de 3 dias por mês de viagem realizada até o máximo de 15 dias (art. 9º da Lei n. 3.207/57).

Nos dois casos, a zona poderá ser aberta ou fechada, significando aquela a inexistência de limites geográficos ou relação de clientes nos quais ou para os quais as vendas podem ser realizadas, e esta, a existência desses dois parâmetros de exclusividade para o vendedor.

Quando a zona é fechada, o vendedor tem direito a comissões pelas vendas diretas que a empresa nela efetuar.

A zona de trabalho pode ser ampliada ou restringida, de acordo com a necessidade da empresa, mas os salários, no caso de redução, serão mantidos pela média das comissões pagas nos últimos doze meses, critério aplicável também aos casos de transferência de zona por conveniência da empresa.

O direito às comissões pelas vendas nasce com a transação aceita, mas no caso de inadimplência do comprador poderá haver o estorno das comissões pagas (art. 7º), diretriz que contraria o princípio segundo o qual os riscos da atividade econômica são exclusivamente do empregador, mas procura atender a outro imperativo, a responsabilidade do vendedor em saber para quem está vendendo e não efetuar vendas para compradores que sabe que não poderão pagar. De acordo com a lei (art. 3º), a transação será considerada aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 dias, contados da data da pro-

posta. Tratando-se de transação a ser concluída com cliente estabelecido em outro Estado ou no estrangeiro, o prazo para a aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 dias, podendo, ainda, ser prorrogada por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado.

O pagamento das comissões deve ser mensal, mas o contrato poderá fixar outro período, no máximo trimestral (art. 4º). Se o pagamento da venda é em parcelas, o pagamento será, também, sucessivo, de acordo com a ordem do recebimento das parcelas (art. 5º), critério que se manterá também no caso de fechamento da empresa ou extinção do contrato de trabalho (art. 6º), criando-se, nesse caso, a situação atípica de pagamento de remuneração a empregado mesmo após a cessão do vínculo de emprego.

Omissa é a lei quanto às horas extraordinárias do vendedor, mas só podem ser reconhecidas nos casos em que há controle e fiscalização da sua jornada externa, pois, não o havendo, confundem-se as horas de trabalho com as de lazer, estas livremente determinadas, durante a jornada, pelo vendedor.

§ 63. Contratos de profissões regulamentadas

Sumário: 1. Profissões regulamentadas.

1. Profissões regulamentadas

Além das normas gerais de proteção ao trabalho aplicáveis a todo empregado, há normas especiais para algumas profissões.

As regulamentações profissionais em sua grande maioria são normas de exercício da atividade profissional. Aplicam-se como exigências legais para que alguém possa ter a profissão a que se referem. Assim, são válidas para trabalhadores autônomos. No entanto, quando esses profissionais exercem suas atividades mediante subordinação, continuamente e como assalariados, sendo empregados, aplicam-se-lhes as mesmas normas, desde que compatíveis, mais os direitos gerais de proteção a todo empregado.

Essas normas profissionais são especiais: prevalecem sobre as normas gerais de proteção a todo empregado, combinando-se ambas de modo a formar uma disciplina jurídica uniforme nas relações de emprego mantidas com esses profissionais. Exemplos: 1) bancário (CLT, arts. 224 a 226); 2) empregados nos serviços de telefonia, de telegrafia submarina e subfluvial, de radiotelegrafia e radiotelefonia (CLT, arts. 227 a 231); 3) músico (Lei n. 3.857, de 1960); 4) operador cinematográfico (CLT, arts. 234 e 235); 5) serviço ferroviário (CLT, arts. 236 a 247); 6) serviço frigorífico (CLT, art. 253); 7) trabalho em

minas de subsolo (CLT, arts. 293 a 301); 8) jornalista profissional (CLT, arts. 302 a 309; Leis ns. 5.696, de 1971, 6.612, de 1978, e 6.727, de 1979); 9) professor (CLT, arts. 317 a 323, e Lei n. 7.855, de 1989); 10) médico e cirurgião-dentista (Leis ns. 3.999, de 1961, 6.932, de 1981, e 7.217, de 1984), médico de saúde pública, médico do trabalho e médico veterinário, da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei n. 9.436, de 1997); 11) profissional em engenharia, química, arquitetura, agronomia e veterinária (Lei n. 4.950-A, de 1966); 12) aeronauta (Lei n. 7.183, de 1984); 13) aeroviários (Dec. n. 1.232, de 1962); 14) artistas (Lei n. 6.533, de 1978); 15) contador (Lei n. 3.384, de 1958; e Dec.-lei n. 9.295, de 1946); 16) corretor de imóveis (Lei n. 6.530, de 1978; e Dec. n. 81.871 de 1978); 17) pessoal de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo) (CLT, art. 72); 18) atletas profissionais (Leis ns. 9.615, de 1998 e 9.981, de 2000); 19) radialista (Lei n. 6.615, de 1978; e Dec. n. 84.134, de 1979); 20) secretário (Lei n. 7.377, de 1985).

Algumas profissões regulamentadas têm órgãos próprios de fiscalização. São denominados *Conselhos*. Há Conselhos Federais e Conselhos Estaduais. Cuidam da habilitação profissional, de modo que aquele que queira exercer profissão deverá inscrever-se no respectivo Conselho, que expedirá documento de autorização, além de aplicar penalidades no caso de conduta contrária à ética profissional.

Qual é a natureza jurídica dos Conselhos?

Surgiram como autarquias especiais e passaram por transformações em 1969, quando, desde que mantidos com recursos próprios e não recebendo subvenções pelo Estado, passaram a ser regulados pela legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais (Dec.-lei n. 968, de 1969). A privatização dos Conselhos continuou e, embora exercendo atribuições de fiscalização de profissões regulamentadas, passaram a fazê-lo em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa, e o seu pessoal regido pela legislação trabalhista, dependendo de lei a criação desses órgãos (Lei n. 9.649, de 1998). O Supremo Tribunal Federal (ADIn 1.717/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, TP, 7-11-2002), no entanto, declarou a inconstitucionalidade da Lei n.

9.649, de 1998, afirmando a indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas. Vale dizer que pela referida decisão o Poder Judiciário considera intransferíveis, para a atividade privada, as atribuições dos Conselhos, e, se são indelegáveis, essas funções só podem ser exercidas por entes públicos, no caso os Conselhos como autarquias, ou, diretamente, pelo próprio Estado.

Capítulo XII

Contratos de formação profissional

§ 64. Conceito e tipologia

Sumário: 1. Conceito. 2. Natureza dos contratos de formação profissional. 3. Importância da formação profissional. 4. Outras observações.

1. Conceito

A necessidade de abrir oportunidades para a qualificação profissional do jovem que ingressa no mercado de trabalho é uma das mais importantes exigências da sociedade em todos os tempos, uma vez que desde as corporações de ofício medieval, ou antes mesmo delas, já existia a figura do aprendiz que do mestre, nas oficinas deste ou nas corporações, recebia ensinamentos metódicos do ofício que passaria a seguir.

Na sociedade pós-industrial, caracterizada pelo avanço da tecnologia — que introduziu novas necessidades no campo do conhecimento para alguém trabalhar em uma empresa —, aquele que não se adaptar ao ritmo moderno e não tiver como acompanhá-lo fatalmente ficará fora do mercado de trabalho.

A situação foi bem retratada em 1999 pelo *Relatório para a Comissão Europeia,* publicado em língua portuguesa em 2003 pela Associação de Estudos Laborais com o nome *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho,* elaborado por uma Comissão internacional da qual fizeram parte Alain Supiot e outros, quando se concluiu que o modelo de regulação socioeconômica no qual se apoiava o direito do trabalho desde o início do século entrou em crise com

as alterações que se processaram em relação à empresa, ao sindicato e ao Estado. Na empresa deu-se a reorganização interna do trabalho, a produção tornou-se mais seletiva, com produtos não padronizados, o que pressupõe uma aprendizagem mais larga e contínua do trabalhador. As mulheres entraram em massa no mercado de trabalho, minando o modelo patriarcal fordista.

Desse modo, diversas formas de qualificação profissional foram instituídas, seja em caráter público, como na Alemanha, ou, simplesmente, com o fornecimento de técnicas de trabalho por grupos empresariais ou empresas em particular, diretamente ou por meio de entidades específicas, como o denominado "Sistema S" brasileiro, que tão bons frutos vem proporcionando. Deve-se frisar que a maior e mais eficiente parte de tal qualificação provém de iniciativas de natureza privada.

2. Natureza dos contratos de formação profissional

Os contratos de formação profissional, quando executados não só de modo teórico, mas também prático, no interior de empresas, não devem ser considerados contratos de emprego, como acontece com diversos deles. Caso o sejam, melhor seria optar pela redução dos custos da empresa com os beneficiados.

Não são lucrativos para a empresa. Ao contrário, esta terá que arcar com o ônus não só da estrutura de qualificação que terá que manter, como também dos resultados da qualificação, que não serão iguais para todos os que aprendem a profissão, não se devendo esquecer, ainda, a qualidade da produção ou dos serviços dos aprendizes, e o apelo por ensinamentos intermitentes de colegas ou de profissionais mais experientes da empresa, que interrompem a sua atividade para dar explicações ao iniciante.

Se a empresa tiver que arcar, além disso, com os ônus de uma relação de emprego, que não são poucos, certamente o desestímulo à ampliação da qualificação profissional será maior. A melhor política trabalhista para o caso é a do incentivo e da facilitação de oportunidades, porque os jovens têm direito ao ensino, e, no caso destes contratos de que estamos tratando, nada pagarão pela aquisição dos conhecimentos da profissão.

Essas razões nos levam a classificar os contratos de formação profissional, definidos pela lei francesa (*Code du Travail*, art. L900-1) como ferramentas que têm por objetivo favorecer a inserção ou a reinserção profissional de trabalhadores, permitir sua manutenção nos empregos, favorecer o desenvolvimento de suas aptidões e o seu acesso aos diversos níveis de qualificação profissional.

Assim, como mostram os professores franceses Favennec-Héry e Verkindt, o primeiro da *Université de Paris II* e o segundo da *Université de Lille II* (*v. Droit du Travail*), formação e trabalho estão intimamente ligados. O jovem tem direito à formação profissional inicial, podendo beneficiar-se de uma formação continuada que favoreça a sua inserção na vida ativa, e esse direito é reconhecido a todo trabalhador.

Por tais motivos, parece-me inadequada uma política judicial trabalhista de transformação, por sentenças processuais, de contratos de formação profissional em contratos de emprego, com a preocupação de evitar a exploração de mão de obra de custo baixo em uma empresa. Deve-se ter cautela para que não seja prejudicada a política nacional de desenvolvimento e ampliação das oportunidades de educação e de profissionalização.

No Brasil, são contratos de formação profissional o contrato de aprendizagem e o contrato de estágio.

3. Importância da formação profissional

A formação profissional do trabalhador é importante fator para seu aproveitamento no processo produtivo, uma vez que o avanço da tecnologia requer novos tipos de profissionais e de habilidades técnicas dos empregados.

Basta ver os estudos de Barbagelata, Hugo Barreto Ghione e Humberto Henderson em *El derecho a la formación profesional y las normas internacionales*, publicado pelo CINTERFOR (2000), visto que esses autores consideram a formação profissional como um direito do interessado, conceituando-a *como todas as modalidades de formação dirigidas a capacitar para o desempenho de uma ocupação laboral que se desenvolva fora do sistema formal de educação.*

Não é por outra razão que a Organização Internacional do Trabalho — OIT aprovou, entre as suas diversas normas, a Convenção n. 142, de 1975, ratificada pelo Brasil em 24 de novembro de 1981, que no artigo 2 orienta os Estados-membros a "estabelecer e desenvolver sistemas abertos, flexíveis e complementares de ensino geral técnico e profissional, assim como de orientação escolar e profissional e de formação profissional, tanto dentro do sistema oficial de ensino como fora do mesmo".

Na mesma diretriz põe-se a *Declaração Sociolaboral do Mercosul,* aprovada no Rio de Janeiro, em 17 de dezembro de 1998, artigo 16, pela qual os Estados se comprometem *a instituir, com as entidades envolvidas que voluntariamente assim o desejem, serviços e programas de formação e orientação profissional contínua e permanente, de maneira a permitir aos trabalhadores obter as qualificações exigidas para o desempenho de uma atividade produtiva, aperfeiçoar e reciclar conhecimentos e habilidades, considerando fundamentalmente as modificações resultantes do progresso técnico.*

A Consolidação das Leis do Trabalho não tem dispositivos sobre qualificação profissional. Fixa normas que regulam as relações entre o empregado e o empregador, individuais e coletivas, visto que na época em que foi elaborada não se mostrava uma preocupação maior acerca da preparação profissional do trabalhador como a que passou a se mostrar na sociedade pós-industrial, na qual surgem novas formas de atividade econômica e, com isso, outros tipos de profissões.

Institucionalizaram-se, no entanto, no Brasil, órgãos de formação profissional voltados, especialmente, para ministrar aprendizagem ao menor, tema estudado em separado.

As ideias encaminham-se no sentido de valorizar a educação e a capacitação profissional como um direito inerente à personalidade humana, condição para facilitar o acesso ao emprego e combater a precarização do trabalho, a serem, cada vez mais, parte integrante do ordenamento jurídico trabalhista, por meio de leis ou, inclusive, de convênios coletivos, como os que existem em diversos países, ou de cláusulas de convenções coletivas, como começam a surgir no Brasil. Nessa diretriz são as conclusões de Hugo Barreto Ghione, em *La obligación de formar a cargo del empleador* (2001), que, depois de con-

ceituar a profissionalidade do trabalhador como o conjunto de conhecimentos, habilidades e aptidões de índole pessoal, adquiridas e que devem ser proporcionadas pelo empregador, para permitirem àquele o cumprimento e a adaptação às diversas sequências da prestação do trabalho, considera-a um direito fundamental da pessoa humana, vinculando-se, estreitamente, com o direito do trabalho.

Na atual conjuntura modificada pelo avanço tecnológico, em velocidade que dificulta a preparação profissional do trabalhador, a empresa vê-se, em muitos casos, obrigada a criar o que denomina "universidade corporativa", que tem a finalidade de direcionar os conhecimentos do pessoal às exigências peculiares à atividade que desenvolve.

A qualificação profissional, não há dúvida, é hoje, mais do que em outras épocas, um direito do trabalhador, que nem sempre encontra oportunidades para que se efetive a sua reciclagem e habilitação para que os seus conhecimentos compatibilizem-se com as exigências do mercado de trabalho. Mas é também um dever do trabalhador que está consciente de que a falta de aptidões profissionais é um sério obstáculo para que possa conseguir emprego ou adquirir condições técnicas que lhe permitam o desenvolvimento bem-sucedido de uma atividade própria de forma autônoma ou eventual. Segue-se que a qualificação profissional é um *direito-dever* diante da dupla face que apresenta, um dever da empresa em proporcionar meios para que se efetive, e um direito do trabalhador para que possa concretizar-se, mas, para este, um dever de empenhar-se no sentido de aproveitar as oportunidades de aumentar os seus conhecimentos e dedicar-se ao aperfeiçoamento técnico-profissional.

As cláusulas produzidas pela negociação coletiva referem-se, de um modo geral, a diversos aspectos, como a obrigação da empresa de proporcionar ao seu pessoal, e na conformidade de um programa coordenado com os trabalhadores, cursos de capacitação e aperfeiçoamento em determinadas áreas de atividade, bolsas de requalificação profissional oferecidas aos empregados, tempo livre para o empregado capacitar-se para a profissão fora da empresa, de modo que adquira, amplie ou renove os seus conhecimentos, licença para estudos, pagamento, pela empresa, parcial ou total, da educação, tema hoje facilitado em nosso país pelas modificações introduzidas no art. 458 da CLT, que desvinculou esses gastos do salário, e outras estipulações.

Os atores sociais podem desempenhar relevante papel no sentido de colaborar para o aperfeiçoamento da mão de obra, cabendo não só às empresas, mas também aos Sindicatos, contribuir para a efetivação de ações efetivas de qualificação profissional.

4. Outras observações

Formação profissional abrange um complexo quadro, no âmbito do trabalho, da educação e da administração pública, mais amplo do que o das relações de emprego, uma vez que se enquadra no âmbito das atividades desenvolvidas pelo Estado, pelos sindicatos ou por outros órgãos que se ocupam da qualificação profissional do trabalhador, de modo que pode ser objeto de análises conexas, mas nem sempre diretas, dos contratos de trabalho, com estes só se relacionando quando a formação profissional é prestada, como acontece muitas vezes, pela empresa, caso em que cabe indagar se pela sua finalidade e natureza é um contrato de emprego especial.

A resposta a essa questão é relativa, uma vez que depende da legislação dispor que determinada prática de formação profissional na empresa é ou não um contrato de emprego, com o que o tema se vincula ao que dispõe o direito individual do trabalho de cada país.

Há um tipo de formação profissional que pode configurar vínculo especial de emprego, como, também, pode ser prestada formação profissional pela empresa que não se caracteriza como tal, dualidade que existe no próprio direito brasileiro, bastando mencionar o estágio para estudantes, que não é um vínculo empregatício, e a aprendizagem metódica do ofício, que é um contrato especial de emprego regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A pluralidade de regimes jurídicos da formação profissional está relacionada com o órgão que a ministra, uma vez que, sendo prestada pela Administração Pública do Trabalho, é parte do direito administrativo e integra um plano de política de qualificação profissional ou de preparação profissional para o emprego, desenvolvido pelo Estado, utilizando-se dos recursos e meios institucionais de que dispõe.

É o caso do *Plano Nacional de Educação Profissional — Planfor*, do Ministério do Trabalho e Emprego, valendo-se de uma rede de

órgãos que conduzem o programa, desdobrando-o em diversos campos de atuação, que abrange não só a qualificação profissional financiada com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, do referido Ministério, geridos pelo CODEFAT — Conselho Deliberativo do FAT, órgão tripartite e paritário integrado por representantes dos empresários, pelas suas Confederações; pelos trabalhadores, por meio das Centrais Sindicais; e por representantes do Governo, que delibera e expede resoluções com diretrizes de aplicação do plano.

A formação profissional pode ser prestada também pelo próprio setor patronal por mecanismos próprios ou conveniados, subsidiados pelo próprio setor ou valendo-se de recursos direcionados para esse fim, pelo Estado, ou diretamente pela empresa.

Quando a formação profissional é prestada pela própria empresa, diversas são as suas finalidades, uma vez que a faz para incorporar ao trabalho quem está fora do sistema educacional ou profissional e com a finalidade de ministrar conhecimentos técnicos de uma profissão, como, também, para preparar alguém diante da necessidade de sua reintegração no emprego e em face de motivos subjetivos do empregado, como a redução da sua capacidade de trabalho, ou por motivos objetivos da empresa, por exemplo, nos casos de mudanças na tecnologia, ou para aperfeiçoar aqueles que já são seus empregados e que querem adquirir maiores conhecimentos.

As duas formas envolvidas com as relações de trabalho são o *estágio* e a *aprendizagem.*

§ 65. Contrato de aprendizagem

Sumário: 1. Aprendiz com vínculo de emprego. 2. Aprendiz sem vínculo de emprego.

1. Aprendiz com vínculo de emprego

São contraditórias a política de formação de jovens para o mercado de trabalho e a aprendizagem como contrato de emprego, pelas razões já explicadas, que, em síntese, consistem na duplicidade de ônus do empregador, o de formar o profissional e o de pagar ao profissional em formação os mesmos encargos de um empregado já profissionalizado, como se a formação profissional não fosse um custo para a empresa.

Todavia, a lei brasileira prevê dois tipos de aprendizagem, uma que configura e outra que não configura contrato de emprego. Os dois tipos de contratos serão aqui examinados.

No Brasil, a formação profissional se faz por meio das Escolas Profissionais, especialmente o *Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial* (Senai), o *Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial* (Senac) e outros serviços de aprendizagem ou instituições semelhantes devidamente autorizadas.

O Senai foi criado pelo Decreto-lei n. 4.048, de 22 de janeiro de 1942. O Senac foi constituído pelo Decreto-lei n. 8.621, de 10 de janeiro de 1946.

Esses órgãos mantêm cursos de aprendizagem.

Em se tratando de atividades industriais, as empresas são obrigadas a matricular um número de aprendizes equivalente a 5%, no mínimo, dos operários existentes em cada estabelecimento e cujos ofícios demandem formação profissional.

A Lei n. 5.274, de 24 de abril de 1967, impõe a admissão compulsória, pelas empresas em geral, de um número de trabalhadores menores de 18 anos não inferior a 5% nem superior a 10% do seu quadro de pessoal, percentuais esses calculados sobre o número de empregados que trabalham em funções compatíveis com o trabalho do menor.

O art. 428 da CLT define contrato de aprendizagem como "o contrato de trabalho especial, (...) em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação".

O conceito de aprendiz no texto anterior do Decreto n. 31.546, de 1952, considera contrato de aprendizagem aquele entre um empregador e um trabalhador maior de 14 e menor de 18 anos de idade, pelo qual ao menor sejam ministrados ensinamentos metódicos do ofício, assumindo, o menor, o compromisso de seguir o respectivo regime de aprendizagem. Entende, o mencionado dispositivo legal, como sujeito à formação profissional metódica de ofício tanto o menor matriculado em curso do Senai ou do Senac ou em curso reconhecido por estes órgãos, como também o menor submetido, no próprio emprego, a aprendizagem metódica de ofício ou ocupação para as quais não existam cursos em funcionamento no Senai ou no Senac ou quando não haja vaga nos referidos cursos, bem como quando inexistentes na localidade onde é domiciliado o menor.

O contrato de aprendizagem na empresa pressupõe a observância de aspectos *formais* e *materiais ou substanciais*.

São aspectos formais o instrumento escrito com o empregador, a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, a inscrição do jovem em programa de aprendizagem e matrícula em escola para conclusão do curso de ensino fundamental (CLT, art. 428 e § 1º), condições de validade jurídica do contrato.

Requisito substancial é a inscrição do jovem em programa de aprendizagem de modo que a inobservância dessa exigência legal afeta a natureza do vínculo, que não poderá ser considerado de aprendizagem (CLT, art. 430).

As exigências substanciais indispensáveis também para o reconhecimento da validade jurídica do contrato de aprendizagem no emprego são: a efetiva correspondência a um programa dos Serviços Nacionais de Aprendizagem (CLT, art. 430); o cumprimento dos objetivos da aprendizagem, que deve corresponder a um processo educacional, com o desdobramento de um ofício ou ocupações em operações ordenadas de conformidade com um programa, cuja execução se faça sob a direção de um responsável; e a frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental.

A elaboração desses programas antes competia ao Senai e ao Senac (Portaria n. 127, de 1956), agora passou a ser da competência dos Serviços de Aprendizagem ou outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica, como Escolas Técnicas de Educação e similares (CLT, art. 430).

Nem todas as atividades comportam aprendizagem no emprego. Outras terão maior ou menor prazo de duração. Daí por que uma relação dos ofícios e ocupações com essas especificações é prevista pela Portaria n. 43, de 1953.

Assim, a aprendizagem no emprego deverá obedecer rigorosamente também a esses prazos.

Quanto à natureza jurídica da aprendizagem, diversas teses são encontradas. Trata-se, para alguns, de contrato discente, não sujeito, portanto, aos princípios dos contratos de emprego em geral, hipótese que, uma vez admitida, traria como consequência uma total discriminação entre os direitos do empregado e os do aprendiz, que seriam específicos. No Brasil, a CLT (art. 428) atribui ao contrato de aprendizagem a natureza jurídica de contrato de trabalho especial a prazo determinado, que terminará findo o prazo em que a aprendizagem será ministrada ou, mesmo quando não esgotado, quando o jovem completar 24 anos de idade. É um contrato de trabalho em que ao prestador dos serviços devem ser garantidos cuidados especiais. De acordo com

essa orientação, para alguns, a aprendizagem é um contrato de trabalho a prazo certo, que termina quando atingido o termo final da sua duração[1]. Para outros, a aprendizagem é uma cláusula de um contrato de trabalho[2]. Terminada a aprendizagem, desapareceria somente essa cláusula, mas o contrato teria desenvolvimento normal.

A jornada de trabalho será de 6 horas, mas será de 8 se o jovem concluiu o curso fundamental (CLT, art. 432). Vedadas são horas extraordinárias, a título de prorrogação e de compensação (CLT, art. 432).

Criou a Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000, um novo tipo de estabilidade no emprego para o aprendiz empregado, uma vez que são enumeradas as hipóteses de rescisão antecipada do contrato, entre as quais não está a dispensa imotivada. São causas autorizantes da rescisão antecipada, além do pedido de demissão do jovem e do término normal do contrato aos 24 anos de idade, o desempenho insuficiente ou inadaptação, a falta disciplinar grave e a ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo (CLT, art. 433).

Salvo condição mais favorável, terá direito ao salário mínimo hora, desde o início da aprendizagem (CLT, art. 428, § 2º).

O contrato não poderá ser estipulado por mais de dois anos (CLT, art. 428, § 3º).

A contratação poderá ser efetivada pela empresa onde se realizará a aprendizagem (CLT, art. 431).

2. Aprendiz sem vínculo de emprego

A figura do aprendiz sem vínculo empregatício, como foi visto (CLT art. 431), caracteriza-se quando sua contratação é efetivada por determinado tipo de entidade, a que se refere o art. 430, II, da CLT, a saber, entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao jovem e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

---

1. Délio Maranhão, *Direito do trabalho*, Rio de Janeiro, FGV, 1971, p. 146.

2. Hugo Gueiros Bernardes, *Cláusula de aprendizagem nos contratos de trabalho*, Brasília, 1969.

É uma forma especial de aprendizagem, mas como não caracteriza relação de emprego, o menor não terá os direitos previstos pela legislação para o menor aprendiz empregado.

A aprendizagem será ministrada e dirigida pela instituição sem fins lucrativos, mas poderá ser desenvolvida, segundo o programa e a direção acima referidos, numa empresa.

A instituição assistencial educacional, obrigatoriamente autorizada pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CLT, art. 430, II), órgão em que estarão inscritos os programas de aprendizagem, deve "contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados" (CLT, art. 430, § 1º). O programa terá por base o trabalho educativo, devendo assegurar ao menor condições de capacitação para o exercício de atividade, priorizados os aspectos pedagógicos relativos ao desenvolvimento pessoal e social do educando sobre os aspectos produtivos.

A Portaria n. 702, de 2001, do Ministério do Trabalho e Emprego indica o conteúdo mínimo dos programas, e a Instrução Normativa n. 26, do mesmo órgão, pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, acrescenta dispositivos sobre a fiscalização pelos Auditores-Fiscais do Trabalho, a regularidade das condições das instituições e desenvolvimento da relação jurídica de aprendizagem. A Portaria n. 20, de 2001, do mesmo órgão e do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, relaciona atividades e locais onde é proibido o trabalho de menores.

Poderá ser paga remuneração ao aprendiz pelo trabalho efetuado ou a sua participação na venda de produtos de seu trabalho.

Como a Constituição Federal de 1988 admite a aprendizagem a partir dos 14 anos de idade, não é incompatível, com o preceito constitucional, o dispositivo infraconstitucional já citado, que autoriza esse tipo de aprendizagem.

§ 66. Contrato de estágio

Sumário: 1. Aspectos gerais. 2. Novas regras da Lei n. 11.788/2008.

1. Aspectos gerais

O Decreto n. 87.497, de 18 de fevereiro de 1982, art. 2º, conceituou como estágio "as atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais de vida e trabalho de seu meio, sendo realizada na comunidade em geral ou junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob responsabilidade e coordenação da instituição de ensino".

É fundamental o estágio para o desenvolvimento econômico-cultural de um país, principalmente a um país emergente como o Brasil, que envida todos os esforços possíveis para dar um salto de qualidade que tem como ponto de partida a sua preocupação com a educação, voltada para a efetiva utilidade profissional, que pressupõe não apenas o conhecimento teórico, mas o domínio das exigências que resultam da realidade do exercício das profissões.

O estágio profissional de estudantes é uma parte da política de formação profissional daqueles que querem ingressar no processo produtivo, integrando-se na vida da empresa, sem a qual essa integração seria impossível, porque exatamente nela é que o estudante vai aplicar seus conhecimentos, ampliá-los e desenvolver a sua criatividade como forma de afirmação pessoal e profissional, o que contraindi-

ca qualquer ação genérica que possa criar obstáculos e frustrar a consecução desses objetivos.

Sob o ponto de vista histórico, nada havia a respeito até o surgimento da Portaria n. 1.002, de 29 de setembro de 1967, baixada pelo então Ministro do Trabalho e Previdência Social, Jarbas Passarinho, muito discutida por aqueles que sustentaram que uma Portaria não teria competência para criar direitos e obrigações novos, o que normalmente deveria resultar do texto de uma lei, e que no art. 3º dispunha que "os estagiários contratados através de Bolsas de Complementação Educacional não terão, para quaisquer efeitos, vínculo empregatício com as empresas, cabendo a estas apenas o pagamento da Bolsa, durante o período do estágio". Em 7 de dezembro de 1977, com a Lei n. 6.494, foi autorizado o estágio de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2º grau e supletivo, pondo fim à questão da inexistência de lei sobre estágio curricular ou treinamento profissional. Medidas provisórias alteraram essa Lei para incluir, entre outras, a possibilidade de estágio no ensino médio. O art. 2º do Decreto n. 87.497, de 18 de fevereiro de 1982, passou a dispor que estágio curricular são "as atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais de vida e trabalho de seu meio, sendo realizada na comunidade em geral ou junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob responsabilidade e coordenação de instituição de ensino".

2. Novas regras da Lei n. 11.788/2008

Em 25 de setembro de 2008 foi sancionada a Lei n. 11.788, fixando novas regras para o contrato e estágio, de forma que ficou revogada a legislação anterior (Lei n. 6.494, de 1977, Lei n. 8.859, de 1994, e Lei n. 9.394, de 1996, art. 82).

Contrato de estágio não é uma forma de relação de emprego nem pode ser tratado como tal. É uma modalidade especial de contrato de qualificação profissional com objetivos pedagógicos e de formação de profissional nas diferentes áreas do conhecimento. Porém, o descumprimento de regras estabelecidas pela lei pode ensejar a oportunidade de uma avaliação desqualificante da sua natureza própria, para que o

seu enquadramento jurídico se faça no modelo do vínculo de emprego. Este reenquadramento é uma penalidade pesada, e a lei deveria fixar outras punições, mas não a transmutação de um tipo em outro tipo de contrato, o que, convenhamos, não é uma solução adequada. A política legislativa deveria ser outra num país que tanto necessita de formação de profissional para o mercado de trabalho.

O estágio destina-se à formação do estudante, e a correlação entre o estudo e o exercício do estágio é uma exigência natural para a validade do estágio. Assim, um estudante de medicina não poderá ser estagiário na seção de câmbio de um banco porque não há relação entre o curso escolar seguido e as funções desempenhadas no estágio. É correta a jurisprudência segundo a qual, para a configuração do estágio, deve ser observado seu objetivo de complementar o ensino em conformidade com os currículos, programas e calendários escolares, punindo a empresa desvirtuante com os ônus da declaração do desvirtuamento e a declaração judicial da relação de emprego com todos os ônus a que, como empregador, deva responder. O desvirtuamento do estágio é uma questão a ser enfrentada em cada caso concreto para a solução de situações individuais.

Cumpre dizer, aliás, que o estágio de estudantes nas empresas valorizou-se com as transformações do processo de produção de bens e prestação de serviços na medida em que a sociedade moderna se convenceu da importância do aperfeiçoamento da formação profissional, como meio de combate ao desemprego e de integração entre a escola e a empresa, e que assume múltiplas dimensões, motivando a institucionalização de políticas de incorporação de jovens no mercado de trabalho, cada vez mais dependentes da empresa como cenário adequado para a complementação do ensino teórico das escolas.

Logo, trata-se de uma relação jurídica triangular que tem como centros de imputação da norma jurídica o *estagiário*, a *instituição escolar,* a *empresa concedente* — assim denominada aquela em que o estágio é feito — e, quando participa da aproximação entre o estagiário e a empresa concedente, o agente de integração (p. ex., CIEE).

Cada uma das partes dessa relação jurídica tem a sua competência delimitada.

O estagiário é o destinatário principal. É o estudante que, para complementar os seus estudos, o faz com a prática profissional, o que o põe numa posição de identificação com os empregados de uma empresa, para que possa enfrentar as mesmas dificuldades e problemas.

Essa identificação entre trabalho e estágio tem levado órgãos de fiscalização a equívocos quando veem nisso relações de emprego sem perceber que o estágio, como prática que é, só pode ser realizado por intermédio do trabalho, e que este é igual para o empregado e o estagiário, diferindo-se ambos apenas por uma questão de grau.

Há um número máximo de estagiários que a empresa poderá ter: de um a cinco empregados, um estagiário; de seis a dez, dois estagiários; de onze a vinte e cinco, cinco estagiários; acima de vinte e cinco, até 20% de estagiários, percentuais estes aplicáveis a cada unidade da empresa. Essas limitações não se aplicam aos estágios de nível superior e de nível médio profissional.

A instituição escolar fiscaliza o estágio. Vemos, nisso, o deslocamento da atribuição antes exclusiva do Ministério do Trabalho e Emprego para o Ministério da Educação, que passa a ser responsável não só pela elaboração do plano pedagógico — com o concurso do agente de integração e a empresa concedente —, como pela supervisão e acompanhamento dos estágios, designando, para esse fim, um professor orientador.

Além disso, assume as seguintes obrigações, quanto aos estágios dos seus educandos:

a) celebrar termo de compromisso com o educando ou com seu representante ou assistente legal;

b) avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural do educando;

c) exigir periodicamente do educando, em prazo não superior a 6 meses, relatório das atividades;

d) reorientar o estagiário para outro local no caso de descumprimento das normas do estágio;

e) realizar avaliações; e

f) celebrar o convênio com a empresa concedente.

Quanto à empresa concedente — que poderá ser uma pessoa jurídica de direito privado ou público ou um profissional liberal de nível superior —, terá as seguintes obrigações:

a) celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e o educando, devendo zelar pelo seu cumprimento;

b) disponibilizar para o estágio as suas instalações, observando as normas de engenharia, segurança e medicina do trabalho;

c) indicar funcionário do seu quadro com formação e experiência na área de conhecimento desenvolvida no curso de estágio para orientação do estagiário;

d) contratar para o estagiário seguro contra acidentes pessoais em valores compatíveis com o mercado;

e) por ocasião do desligamento do estagiário, entregar termo de realização do estágio e enviar relatório periódico à instituição de ensino.

Quanto à natureza jurídica do estágio, a lei reafirma tratar-se de contrato especial de formação profissional e não de relação de emprego lícito, a exemplo do estágio de estudantes do ensino médio, este, aliás, com algumas limitações.

No que diz respeito a sua duração, esta passou a ser de dois anos — limite máximo não aplicável a estagiários portadores de deficiência, devendo a jornada de seis horas diárias e trinta horas semanais, reservada a estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular, ser reduzida para quatro horas e vinte horas semanais, em se tratando de estudantes da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos.

E como nada dispõe a lei sobre intervalos na jornada, serão aqueles estipulados pelas partes e que podem coincidir com os do pessoal da empresa. Nos períodos de avaliação escolar pela instituição de ensino, a carga horária do estágio será reduzida pelo menos à metade.

O estagiário tem alguns direitos obrigatórios, sem prejuízo de outros que a empresa concedente queira instituir:

a) se o estágio tiver a duração de pelo menos um ano, recesso anual remunerado — e não férias — de trinta dias, inclusive o recesso proporcional no caso de estágio de duração inferior a um ano;

b) vale-transporte;

c) seguro contra acidentes pessoais cuja apólice deverá observar os valores de mercado;

d) bolsa ou outra forma de contraprestação ajustada com o estagiário;

e) inscrição do estagiário, facultativamente, no INSS;

f) cotas de 10% das vagas de estagiários para deficientes;

g) permissão para que agentes de integração, públicos ou privados, façam a intermediação entre o estagiário, a instituição de ensino e a empresa concedente.

Foram mantidas formalidades que já existiam e introduzidas outras:

a) termo de compromisso entre a instituição de ensino e o educando e termo de compromisso entre a empresa, a instituição de ensino e o estagiário;

b) exigência pela instituição de ensino de relatórios semestrais do estagiário;

c) supervisão por um professor orientador da instituição de ensino e por um profissional da empresa para cada 10 estagiários, simultaneamente;

d) relatórios semestrais da empresa à instituição de ensino além dos relatórios de admissão e desligamento.

A lei entrou em vigor na data da sua publicação, e as prorrogações dos estágios contratados antes do início da sua vigência devem seguir as suas normas. Se o estagiário cumpre oito horas, a empresa deverá reduzir a jornada em duas horas para cumprir a lei, com diminuição proporcional do valor da bolsa. Contudo, as adaptações dos estágios antigos à nova lei passam a ser exigíveis a partir da prorrogação dos respectivos contratos.

Capítulo XIII

Contratos flexíveis de trabalho

§ 67. Aspectos introdutórios

Sumário: 1. Justificação. 2. A experiência contemporânea de outros países.

1. Justificação

Falar em contratos flexíveis de trabalho pensando no direito do trabalho do período inicial, que tinha por finalidade dispensar uma necessária proteção aos que trabalhavam nas fábricas movidas por novas energias a partir do século XVIII, só se justifica se voltarmos a atenção para as transformações verticais e horizontais ocorridas no direito individual do trabalho a partir de 1970.

Horizontais porque não é possível recusar que se alargaram as fronteiras do direito individual do trabalho para se alcançar novos tipos de atividades empresariais e de profissões diferentes daquelas que geraram o contrato a tempo pleno e duração indeterminada que servia, e ainda serve, para disciplinar a relação de emprego típica, que é a prestada por alguém em jornada integral e por tempo indeterminado, como acontece na indústria — e no comércio — com inúmeras modificações.

Os contratos de trabalho são o setor do direito do trabalho mais atingido pelas transformações da sociedade. Mudaram os tipos de empregadores e os tipos de trabalhadores. Com isso, novas necessidades exigiram respostas do direito do trabalho. Foram dadas, com peculiaridades não coincidentes, de país para país, mas inegavelmente não vivemos mais a estrutura produtiva e os tipos de profissões que

inspiraram o primeiro período do direito do trabalho, e basta dizer que se antes era possível falar em contrato individual do trabalho no singular — como até hoje anacronicamente faz a CLT —, no período atual o singular não tem mais sentido, pois todos os sistemas pluralizam os contratos individuais de trabalho.

Desse modo, a primeira grande modificação foi a diversificação contratual que não terminou, mas que tem como início a época em que, ao lado do contrato a tempo pleno e duração indeterminada, as leis trabalhistas admitiram contratos a prazo, primeira grande flexibilização.

Foi inspirada nos contratos a prazo das leis de direito civil, com o que começou um novo período de coexistência do contrato-padrão com uma nova forma contratual, por alguns contestada até hoje, mas consagrada no plano interno e internacional porque corresponde à necessidade de admissão de um empregado transitoriamente para os casos em que o empregador dele necessite para diversas finalidades pouco duráveis, como a substituição de pessoal regular e permanente afastado por férias, enfermidade, acidentes de trabalho, a realização de serviços específicos que não serão permanentes na empresa e assim por diante.

No sentido vertical, assim compreendidas as modificações de tipos de estruturas empresariais, as transformações também foram grandes. Primeiro porque o empregador passou a ser não apenas a empresa, mas também outros entes sem fins lucrativos com empregados, surgindo, daí, a necessidade de equiparações, como faz a CLT, entre empregadores sem atividade empresarial a empregadores com atividade empresarial.

O empregador doméstico também. E hoje há uma série de questões não resolvidas definitivamente, como a do *personal trainer* especializado em educação física que, em dois ou três dias por semana, durante uma hora, vai às residências para atender os clientes; a das cuidadoras ou acompanhantes de idosos; a dos serviços médicos especializados em montar em uma residência equipamentos e fornecer pessoal para reabilitação de pacientes saídos de hospitais etc.

Atividades novas surgiram, como empresas de *call-center,* teletrabalho, *marketing* eletrônico, que, com a invenção da *internet,* instrumento poderosíssimo de transformação do sistema de relações negociais e econômicas, nada fazem lembrar o operário de fábrica do

começo do direito do trabalho, em função do qual foi construída a figura jurídica do contrato individual de trabalho.

A rigor, todo cuidado deve ser tomado quando se fala, hoje, em *fordismo, taylorismo e toyotismo* como se fossem esses os únicos modelos de produção, quando, na verdade, as fábricas de automóveis robotizaram a produção, reduziram o número de trabalhadores, produzindo muito mais com menor pessoal, a agricultura automatizou-se, surgindo o agronegócio, as microempresas encarregaram-se de cobrir um vasto e diversificado setor do mercado de trabalho. A subordinação deixou de ser o grande referencial jurídico do trabalho sob a forma de emprego porque ao lado dela, com as terceirizações e inovações, formas intermediárias de trabalho não subordinado ganham espaço na sociedade, despertando o interesse do direito do trabalho para abranger novas categorias, inclusive a dos trabalhadores autônomos hipossuficientes.

2. A experiência contemporânea de outros países

Se as situações anteriormente relatadas existem na América do Sul, com maior intensidade ocorrem na Europa, não sendo muito sentidas nos Estados Unidos porque o modelo de relações de trabalho lá adotado sempre foi flexível, fundado principalmente na ideia do contrato.

Por tal motivo, relataremos alguns aspectos da experiência dos países europeus que mais diretamente estão ligados ao Brasil: Itália, Espanha, Portugal e França.

São contratos de emprego flexíveis, na Itália, assim relatados por Giuseppe Santoro-Passarelli, em *Diritto dei lavori* (2004): a) o contrato de trabalho intermitente; b) o contrato de trabalho compartilhado; c) o contrato de trabalho a tempo parcial; d) o contrato de trabalho a prazo.

Um contrato de trabalho é flexível, nas lições de Santoro-Passarelli, "quando um requisito da prestação ou do trabalho (aposição de termo final, prestação de trabalho a tempo parcial) determina a aplicação de uma disciplina que derroga a do trabalho subordinado na empresa a tempo pleno e indeterminado com o duplo escopo de reduzir os custos para a empresa e de atenuar o código protetivo, seja ainda

pela mediação da contratação coletiva". Ressalva, no entanto, que as relações flexíveis são um subtipo do trabalho subordinado na empresa, como o são, às vezes, as relações especiais de trabalho.

Vejamos suas explicações sobre os contratos flexíveis.

O contrato de trabalho intermitente é um contrato flexível (Lei n. 276, 2003), caracterizado pelas prestações de caráter descontínuo ou inconstante, segundo as exigências individualizadas nos contratos coletivos estipulados entre as entidades patronais e de trabalhadores ou estabelecidas por meio de um acordo perante o Ministério do Trabalho.

São dois, no direito peninsular, os *contratos de trabalho intermitente*. Em uma modalidade o trabalhador coloca-se à disposição do empregador, quando responde a uma chamada deste, e é livre para atendê-la ou não. Na segunda forma, o trabalhador fica à disposição do comitente nos períodos de execução dos serviços, mas também para ulteriores obrigações definidas em um pacto expresso, para que atenda à chamada do tomador do trabalho nos períodos em que a prestação da atividade não é desenvolvida (*contratto a chiamatta*). Nos períodos de disponibilidade o trabalhador não tem nenhum direito.

Esses contratos não se confundem com os contratos de trabalho autônomo porque são espécies do contrato de emprego. O trabalho autônomo é protegido com fundamento na Constituição italiana (art. 35), que prevê o empenho da República para tutelar o trabalho em todas as suas formas de aplicação, o que abrange todas as modalidades de trabalho subordinado e, também, de trabalho autônomo, o que não significa uma equivalência de tratamento jurídico para as duas espécies, nem a unificação delas. É uma autorização para que o legislador reconheça, respeitando as diferenças, os direitos constitucionalmente garantidos, a tutela da dignidade da pessoa humana e todas as formas de trabalho pessoal, independentemente de tratar-se de trabalho autônomo ou subordinado.

Sustenta que depende de intervenção do legislador ordinário regulamentar as formas pelas quais essa tutela do trabalho autônomo deve efetivar-se, mas que se limita, até agora, aos direitos previdenciários. Exemplifica com o *contrato de obra*, que é para o autor uma forma de trabalho autônomo ou do pequeno empresário. O Código

Civil italiano (art. 2.222) o define como o contrato em que o prestador da obra se obriga a fazer uma obra ou serviço com trabalho prevalentemente próprio. Mas, se essa atividade é exercida de modo organizado, por meio de bens e trabalho de outros que dela participem, então será um pequeno empreendimento empresarial. Interpreta a expressão *obra* como o resultado da atividade, portanto uma obrigação de fazer consistente na modificação de uma coisa (produção ou destruição desta para criar uma coisa nova) mediante trabalho preponderantemente manual ou técnico. Outro exemplo de trabalho autônomo na Itália é o de obra intelectual do profissional liberal, como o cirurgião e o advogado, que faz surgir um contrato de resultado, incluído na esfera do trabalho autônomo. Ainda autônomos são o contrato a projeto, o contrato de colaboração continuativa e coordenada e o trabalho ocasional, que equivale ao nosso trabalho eventual.

O segundo tipo de contrato flexível de trabalho é o *contrato de trabalho compartilhado — lavoro ripartito* ou *job sharing* (Leis ns. 43, de 1998 e 276, 2003) definido como o contrato no qual dois trabalhadores asssumem *in solidum* o cumprimento de uma única e idêntica obrigação trabalhista, ambos ficando pessoal e diretamente responsáveis pelo cumprimento da obrigação conjunta.

O terceiro é o *contrato de trabalho a tempo parcial* (Dec.-lei n. 25, de 2000), entendendo-se como tal o contrato em que o horário de trabalho, fixado no contrato individual, é inferior ao tempo pleno ou ao horário normal estabelecido pela lei ou pelo contrato coletivo. A redução do horário será de três modos: *horizontal*, relativo ao horário diário; *vertical*, quando o tempo pleno é só em alguns dias da semana, do mês ou do ano; *misto*, resultante da combinação das duas formas anteriores.

O quarto tipo de contrato flexível de trabalho é o *contrato de trabalho a prazo* ou a tempo determinado (Lei n. 56, 1987), autorizado diante de motivos técnicos, produtivos, organizacionais ou substitutivos pelo prazo máximo de três anos, prorrogável uma só vez, quando a contratação inicial for por tempo menor.

A Espanha também segue o modelo da diversidade de contratos de trabalho.

O Estatuto dos Trabalhadores (art. 15) prevê o contrato a tempo pleno e duração indeterminada, mas também diversas modalidades de contrato a prazo.

Entre essas modalidades estão os seguintes contratos a prazo e respectivas causas.

Primeiro, para *realização de obra ou serviço determinado*, inadmissível para a execução de atividades normais e permanentes da empresa, na extinção com aviso prévio de 15 dias a contar do final da obra. Segundo, para *cobrir eventualidades derivadas de circunstâncias da produção,* e que no nome corresponderia ao nosso trabalho eventual, permitido em toda e qualquer atividade — desde que provisória, pela natureza do trabalho de curta duração — (p. ex., colheita de frutas, campanhas realizadas pela empresa, excesso de pedidos que a empresa tenha a atender etc.), mas não permitido para tarefas cíclicas da empresa, pelo tempo previsto nos contratos coletivos de trabalho, sem aviso prévio ou indenização. Terceiro, para *substituição de trabalhadores* cujos contratos de trabalho estejam suspensos, mas que tenham reserva do posto na volta, chamados contratos de interinidade. Quarto, contrato para *lançamento de uma nova atividade,* tanto em novas empresas como em empresas já existentes que lançam uma nova linha de produção, pelo prazo máximo de 3 anos. Quinto, para *programas de profissionalização e criação de empregos* em pequenas empresas. Sexto, a *tempo parcial*, para trabalho durante um determinado número de horas no dia, na semana ou no mês, com salário proporcional previsto em contratos coletivos. Sétimo, *contrato de relevo,* sempre com jornada reduzida e salário proporcional, para aquele que está aguardando aposentadoria até a idade de jubilação e para aquele que vai substituí-lo, cobrindo o tempo parcial restante.

Portugal não sistematizou os contratos de trabalho, mas o Código de 2003, em dispositivos esparsos, contempla diversas modalidades além do contrato por tempo pleno e duração indeterminada.

Primeiro, os *contratos equiparados* (art. 13): "Ficam sujeitos aos princípios definidos neste Código, nomeadamente quanto a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho, sem prejuízo de regulamentação em legislação especial, os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho,

sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade".

Segundo, o *contrato de trabalhador-estudante* (art. 79), assim considerado aquele que presta uma atividade sob autoridade e direção de outrem e que frequenta qualquer nível de educação escolar, incluindo cursos de pós-graduação, em instituição de ensino. Beneficia-se com horários flexíveis, ajustáveis à frequência às aulas, e deslocamento para o estabelecimento de ensino. Tem o direito de ausentar-se do emprego para prestação de provas de avaliação e a férias coincidentes com as escolares.

Terceiro, a *promessa de contrato* (art. 94), válida quando em documento escrito, no qual se exprima, em termos inequívocos, a vontade de o promitente se obrigar a celebrar contrato definitivo, a espécie de trabalho a prestar e a remuneração, sob pena de responsabilidade pelo seu descumprimento.

Quarto, *contrato de adesão* (art. 95), quando a vontade contratual é manifestada, por parte do empregador, por meio dos regulamentos internos da empresa, e, por parte do trabalhador, pela adesão expressa ou tácita aos referidos regulamentos.

Quinto, *contratos a termo* (art. 108) para fins de período experimental (art. 106), mesmo nos quadros superiores da empresa.

Sexto, contrato de *teletrabalho* (art. 233), assim considerada a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa por meio de ferramentas de tecnologia de informação e de comunicação. O teletrabalhador tem os mesmos direitos e está adstrito às mesmas obrigações dos trabalhadores que não exerçam a sua atividade em regime de teletrabalho, tanto no que se refere à formação e promoção profissionais como às condições de trabalho (art. 236). O empregador deve respeitar a privacidade do teletrabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral (art. 237). Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, as visitas ao local de trabalho só devem ter por objeto o controle da atividade laboral daquele, bem como dos respectivos equipamentos, e apenas podem ser efetuadas entre 9 e 19 horas, com assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada (art. 237).

Na ausência de qualquer estipulação contratual, presume-se que os instrumenos de trabalho utilizados pelo teletrabalhador no manuseio de tecnologia de informação e de comunicação constituem propriedade do empregador (art. 238, 1). Salvo acordo em contrário, o teletrabalhador não pode dar aos equipamentos e instrumentos de trabalho que lhe forem confiados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho (art. 238, 3). O teletrabalhador pode estar isento de horário de trabalho ou sujeitar-se aos limites máximos do período normal de trabalho diário e semanal aplicáveis aos trabalhadores em geral (arts. 240 e 241).

A França (*Code du Travail*) autoriza contratos a prazo.

Primeiro, para *substituição* de empregados afastados por licenças, doença etc.; segundo, para *variação de atividades produtivas,* diferentes das atribuições normais e habituais da empresa, incluindo, nessa categoria, *contratos para trabalhos urgentes,* cuja execução imediata é necessária para evitar acidentes iminentes ou para fazer frente a uma situação excepcional; terceira, como iniciativa de *combate ao desemprego,* para favorecer a contratação em determinadas categorias nas quais tal se faça necessário, por meio de *contratos de qualificação*, *contratos de adaptação*, *contratos de iniciativa-emprego* e *contratos de emprego-solidariedade.* O termo final deve ser fixado com precisão e não pode ultrapassar 18 meses, salvo exceções. De acordo com a política de emprego francesa, esses contratos devem ter uma duração mínima.

Para utilização de mão de obra de outra empresa, a lei francesa regula os *contratos de trabalho temporário,* que exerceram grande influência na respectiva lei brasileira, inclusive quanto à sua estrutura triangular de contratação, da qual participam: a) a empresa de trabalho temporário, que põe à disposição de outra, por um período, pessoal pela contratante solicitado; b) a empresa tomadora do serviço, que necessita de pessoal provisório durante algum tempo; c) o trabalhador temporário. O contrato, incluindo renovações, não poderá ultrapassar 18 meses.

Outro contrato do ordenamento jurídico francês é o *contrato a tempo parcial*, que pode ter duração determinada ou indeterminada. Suas características principais são os horários inferiores aos normais e salários proporcionais.

Acrescente-se o *contrato de trabalho intermitente*, para atividades do trabalhador intercaladas em períodos separados, portanto um contrato para trabalho não permanente, com alternância de períodos de trabalho e períodos sem trabalho, mediante pagamento de salário somente pelo tempo trabalhado.

§ 68. Contrato a prazo

Sumário: 1. O prazo da duração da relação de emprego. 2. Origens. 3. A experiência estrangeira. 4. Questões jurídicas.

1. O prazo da duração da relação de emprego

Passamos, agora, ao direito brasileiro.

Os contratos de emprego nos quais as partes, na sua constituição, fixam o termo final são denominados *contratos a prazo* (CLT, art. 443).

É um contrato flexível de trabalho porque se distancia do contrato a tempo e duração indeterminados, que é a principal figura contratual da sociedade industrial, com transposições para alguns setores de serviços, mas incompatível com atividades novas decorrentes do avanço da tecnologia no século XX e dos sistemas de produção adotados por alguns setores da economia moderna.

2. Origens

Esse tipo de contrato surgiu da sua transposição do direito civil, que previa a locação de serviços por um período determinado, proibindo locação sem prazo, daí passando para o direito do trabalho, no qual sempre foi estudada, desde os primórdios. É o que já se vê no livro de Lodovico Barassi, *Il contratto di lavoro* (1917), que examina a rescisão nessa espécie de contrato de trabalho, em Paul Pic, um dos pioneiros do direito do trabalho na França, com o seu *Traité élémen-*

taire de législation industrielle (1930, 7. ed.), no qual diz que em certas indústrias, como a de roupas, é uso admitir o empregado por certo tempo, caso em que o contrato termina com a expiração do termo fixado, a menos que haja tácita recondução do trabalhador, e em Paul Durand e André Vitu, autores do clássico *Traité de droit du travail* (1950), que examinam o fundamento do contrato a prazo, o *Code du Travail* da França, e as diferenças entre os dois tipos de contrato.

Seguiu-se um período de convivência entre os dois tipos de contrato, ambos admitidos nas relações de trabalho, só de algum modo abalada quando ficou claro que a estabilidade no emprego, admitida por alguns sistemas jurídicos, mostrava-se totalmente incompatível com os contratos por prazo determinado. Para alguns também o aviso prévio não é figura adequada a esses contratos, salvo nos casos em que o termo final é impreciso, embora previsto, como nos contratos dependentes da conclusão de um serviço especificado e que não pode terminar num dia cronologicamente preestabelecido.

Surgiram algumas condições para a admissibilidade dos contratos a prazo. A ideia de *transitoriedade* de uma situação é inerente à sua base. Diferem, portanto, dos contratos a tempo pleno e duração indeterminada. Os contratos por prazo determinado caracterizaram-se como a exceção dependente de autorização expressa da lei ou das convenções coletivas.

O contrato a prazo passou a ser visto como um instrumento que não mereceria no direito do trabalho um maior acolhimento, sofrendo limitações da jurisprudência em hipóteses até mesmo excedentes das previstas em lei.

Essa situação veio a ser alterada com o aumento do desemprego, quando alguns países começaram a reutilizar o contrato a prazo como forma de absorção de trabalhadores que não conseguiam obter emprego, a não ser de modo precário, iniciando-se um período de crescimento, com a introdução, nas leis, de novas hipóteses permissivas, que é o quadro atual.

3. A experiência estrangeira

As principais questões jurídicas que o tema envolve serão agora delineadas. Denomina-se, no Código do Trabalho de Portugal de 2003,

art. 139, contrato a termo certo, cabendo ao empregador a prova dos fatos que o justifiquem e desde que ajustado aos casos previstos em lei, e na Lei n. 230/62 da Itália, contrato a termo; na França, é considerado um tipo de contrato precário e regido pelo *Code du Travail*, art. 1.122-1; na Espanha, onde teve grande desenvolvimento, o Real Decreto n. 2.104/84 denominou-o contrato de duração determinada; na Argentina, a Lei n. 24.013 chamou-o de contrato por tempo determinado.

Para alguns o prazo é determinante de mera cláusula inserida num contrato, enquanto para outros ele faz com que exista um contrato próprio, o por prazo determinado.

Quais são as principais hipóteses nas quais os ordenamentos jurídicos autorizam a admissão do empregado por prazo determinado? São as previstas por leis, mas, também, por contratos coletivos de trabalho.

Entre as hipóteses previstas em lei é comum o *contrato de experiência* em Portugal, Itália e França, neste último país caracterizando-se como período de prova rescindível a qualquer momento, sem indenização e aviso prévio, e com duração prevista nos contratos coletivos de trabalho, de no máximo um mês nos contratos por prazo determinado com os quais a experiência é compatível, de um mês para operários, de dois para empregados e de três a seis para altos empregados. Na Espanha, depende de acordo individual ou convenção coletiva (Real Decreto n. 2.104/84, art. 7º).

A segunda hipótese permissiva de contrato por prazo determinado é na *construção civil*, o contrato por obra certa, admitido em diversos países, como Canadá, Itália, inclusive para cada fase da obra e para a construção naval, Portugal, Peru, Venezuela e outros.

A terceira é a *substituição de empregado permanente*, como na Espanha (Estatuto dos Trabalhadores, art. 15), Itália (Lei n. 230/62), também para substituição de tóxico-dependentes em tratamento e transferidos (Lei n. 192/90, art. 99), França (Lei n. 1.990), República Dominicana (Lei do Contrato de Trabalho, art. 33), Croácia (Lei do Trabalho, art. 12), Etiópia (Lei n. 42/93, art. 10, § 2º), Peru (Lei Federal de Emprego), com os contratos de suplência, Argentina (Lei n. 24.013, arts. 69 e 70) e outros. O Código do Trabalho de 2003 de Portugal contém diversas exigências que pressupõem sempre a exis-

tência de necessidades temporárias da empresa (art. 129), autorizando contrato a termo, que se distingue de contrato com termo incerto. Uma das hipóteses que autorizam a contratação a termo é a substituição de empregados ausentes ou licenciados.

A quarta é a *execução de tarefas transitórias*, como na Espanha, Portugal, Itália, Argentina e República Dominicana.

A quinta são as *atividades sazonais*, como na França, relacionadas por decreto ou convenção coletiva (*Code du Travail*, art. 1.122, 1, § 3º), Portugal, Itália (Lei n. 230/62), hipótese inicialmente restrita ao turismo, teatro e hotelaria, depois ampliada para toda atividade econômica (Lei n. 79/83, art. 8º), Argentina, Peru etc.

A sexta é o *aumento temporário das atividades da empresa*, sendo que, na França (*Code du Travail*, art. 1.122, 1, 1, § 2º), volta-se para trabalhos urgentes de segurança, em Portugal (Código do Trabalho de 2003, art. 129), para lançamento ou execução de projeto delimitado, na Itália e Espanha (Estatuto dos Trabalhadores, art. 15, 1, *b*), para os casos de acúmulo de produção ou excesso de demanda mesmo em serviços normais da empresa, em Burundi, Camarões e outros.

A sétima é empregada para alguns *tipos de profissões*, em razão da sua natureza, como profissionais de espetáculos teatrais, programas radiofônicos ou de televisão na Itália (Lei n. 266/77) e empregados diretores e administradores por até cinco anos, aeroviários ou aeronautas (Lei n. 230/62).

A oitava é o *aumento do emprego* e *combate ao desemprego*, utilizada na França, Portugal e Argentina para trabalhadores à procura do primeiro emprego (Lei n. 24.013, arts. 43 a 46), Espanha e outros. O Código do Trabalho de Portugal de 2003, art. 129, autoriza contrato a prazo para o primeiro emprego.

A nona são as *novas atividades econômicas da empresa* ou *novas exigências da produção*, usadas na Argentina (Lei Nacional de Empregos, 1991, art. 47), Peru, com os contratos por necessidades do mercado, conversão empresarial ou contratos de emergência (Lei Federal de Emprego), Espanha, Camarões, para os casos de aumento conjuntural e imprevisto das atividades da empresa ou trabalhos urgentes (Lei n. 92.007/92, art. 25, § 4º, *b*), Código de Portugal de 2003, art. 129, e outros.

Para *aprendizagem* é admitido o contrato a prazo, na Itália, Argentina e diversos países.

Em alguns países são válidas, também, as hipóteses previstas em contratos coletivos de trabalho, como na Itália (Lei n. 56/87, art. 23), onde há contratos com sindicatos nacionais ou locais aderentes à confederação mais representativa no plano nacional, nos quais é fixado o número máximo de empregados que podem ser contratados por prazo determinado e o período máximo de duração, geralmente de um ano, de que são exemplos o Acordo Interconfederal (1988) entre Cofindústria e centrais de trabalhadores e o acordo entre Intersind e centrais, prevendo duração não inferior a quatro meses e não superior a doze para trabalhadores com mais de vinte e nove anos de idade; para empregados com idade inferior, a admissibilidade é restrita a casos de forte desemprego.

4. Questões jurídicas

Questões jurídicas do estudo dos contratos a prazo, além dos prazos máximos e limitações, são: as *prorrogações*, geralmente admitidas por uma vez e excepcionalmente por mais de uma; o *efeito transformador* automático em contrato por prazo indeterminado quando ultrapassados os prazos máximos; os critérios de *fixação do tempo final*, distinguindo-se entre termo certo e incerto, aquele fixado cronologicamente e este dependendo de acontecimento ou conclusão de um serviço; *aviso prévio* dispensável por algumas legislações, admitido por outras nos casos de contrato com termo incerto; *prêmio de fim de contrato* na Itália (Lei n. 297/82, art. 1º), meio salário na Argentina (Lei n. 24.013, art. 38), só devido se previsto em contrato individual ou coletivo, como na Espanha; *rescisão antecipada*, caso em que cessa automaticamente o contrato na Itália (Código Civil, art. 2.119), sendo que na França, não havendo justa causa, é devida a remuneração total faltante até o final do contrato; e a *incompatibilidade* entre estabilidade e contrato a prazo (Convenção n. 158 da OIT).

A lei brasileira só permite o uso do contrato a prazo em se tratando de atividades de caráter transitório, de serviço cuja natureza ou transitoriedade o justifique e nos casos de contratos de experiência (CLT, art. 443, § 2º).

O termo final pode ser estabelecido com base em três elementos: o cronológico (número de dias, semanas, meses etc., ou até tal dia), o serviço especificado (até o término da obra ou dos serviços de serralheria na obra) e o advento de um acontecimento suscetível de previsão aproximada (o término da colheita).

Entende-se por atividade transitória, em primeiro lugar, aquela que se limitar no tempo. Transitório é aquilo que é breve, passageiro, dura pouco, efêmero. Assim, o serviço que o empregado executar deve ter breve duração, contrastando-se, portanto, com a permanência própria das atividades da empresa e pertinentes aos seus fins normais.

A lei dispõe, também, que é possível o contrato a prazo sempre que justificado pela sua natureza (CLT, art. 443, § 2º): "O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: *a*) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação de prazo...". Que são serviços que pela sua natureza justifiquem a predeterminação de prazo? Houve, *data venia*, excesso de palavras do legislador. Serviços que pela natureza justifiquem a aposição de prazo só podem ser transitórios. Desde que não o sejam, é evidente que não caberá contrato a prazo. Se o trabalhador presta serviços na construção civil como pedreiro, pode ser admitido para determinada e específica obra. Haverá um contrato a prazo, pela natureza transitória do serviço. Porém, desde que seja admitido para diversas obras, o contrato será a prazo indeterminado.

Também cabe contrato a prazo nas atividades empresariais de caráter transitório (CLT, art. 443, § 2º, *b*). Aqui, a transitoriedade será, em primeiro lugar, da própria empresa, cuja existência limitar-se-á, no tempo, pelos próprios fins a que se destina. Se uma empresa é constituída para construir uma ponte no interior, pode admitir pessoal enquanto existir, isto é, até que cumpra os fins para os quais foi constituída, a construção da ponte. Depois disso, desaparecerá a própria empresa, desconstituir-se-á. O seu pessoal, admitido a prazo, terá os contratos de trabalho terminados. Surge, no entanto, um problema. Existem limites para os contratos a prazo nos casos de atividades empresariais transitórias ou podem prolongar-se enquanto a própria empresa existir? Embora não haja uma solução específica na lei, como todo contrato a prazo tem um limite máximo previsto de dois anos (CLT, art. 445), segue-se que, ultrapassado esse período e continuando

as atividades da empresa, os contratos estarão automaticamente modificados, tornando-se por prazo indeterminado. Outro exemplo de atividade empresarial transitória: casa de venda de fogos juninos, que existirá durante o mês de junho.

Outra hipótese, semelhante à anterior, é a da atividade empresarial passageira. Aqui, não é a empresa que vai ter vida efêmera, mas um dos seus serviços. Uma empresa que produz fogões, se resolve temporariamente abrir uma seção de construção de lustres para aproveitar uma oportunidade comercial, desde que seja seu propósito sincero e efetivo desenvolver esta última atividade anormal e diferente dos seus fins próprios por tempo limitado só para atender determinados pedidos, poderá, a nosso ver, contratar por prazo certo. Se não provar cabalmente essa situação, não conseguirá justificar a adoção desse tipo de contrato. Uma empresa que precisa de uma auditoria temporária poderá contratar empregados até e enquanto perdurem esses serviços transitórios. Uma sobrecarga de vendas nas épocas natalinas também justifica o contrato a prazo.

Também é admitido contrato a prazo nos casos de experiência, de safra, de técnicos estrangeiros provisoriamente no Brasil, de atletas profissionais e de artistas.

Os contratos a prazo terão duração máxima de dois anos.

Art. 445 da CLT: "O contrato por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451".

Poderão sofrer uma prorrogação apenas. Se vierem a ser prorrogados mais de uma vez, passarão a vigorar sem determinação de prazo.

Entende-se que essa prorrogação não pode, somada ao tempo anterior, ultrapassar de dois anos. Assim, o limite máximo é estabelecido em função da existência total do próprio contrato, com ou sem prorrogação. Vale dizer que é improrrogável o contrato desde que estipulado por dois anos. Neste caso, o interessado já utilizou o limite de tempo máximo permitido pela lei para relações jurídicas trabalhistas deste tipo.

Para evitar os contratos "em cadeia", sucessivos, o que seria fraudulento, a lei impede que um contrato a prazo seja estipulado entre as mesmas partes depois de outro. Não se trata de prorrogação. Prorrogar

é dar continuidade, por prazo maior, a um contrato que já existe, que não termina e que amplia o seu *dies ad quem*. Suceder significa iniciar outro contrato, temporalmente separado do primeiro, com o qual não se identifica, constituindo, ambos, duas unidades distintas e juridicamente autônomas. Assim como a prorrogação é limitada a uma, e com a observância do prazo máximo de duração do trabalho (2 anos), também a sucessão de contratos é regulamentada pela lei. Dispõe a lei que, somente após 6 meses do fim do primeiro contrato, outro poderá ser feito com o mesmo empregado. E se, no entanto, isso não ocorrer, se o segundo contrato sucessivo iniciar-se dentro de 6 meses do término do primeiro, a lei, presumindo fraude e no seu propósito de impedir a sucessividade, considerá-lo-á por prazo indeterminado.

É excepcionada a hipótese dos contratos para serviços especificados ou cujo termo final dependa da ocorrência de certos acontecimentos; estes podem ser renovados mesmo antes do decurso de 6 meses do término do contrato anterior. A ressalva é compreendida tendo-se em vista que nesses casos justifica-se plenamente a aposição do prazo; resulta de razões objetivas, e não de meros fatores subjetivos.

Um contrato a tempo pleno e indeterminado não pode ser transformado em outro por prazo determinado. Tal expediente invalidaria os direitos do empregado decorrentes da sua antiguidade e pertinentes à indenização respectiva. Isto porque, ao término do contrato a prazo, nenhuma indenização será válida.

Pode, no entanto, um contrato por prazo indeterminado seguir-se de outro, dele separado, por prazo certo. Nesse caso, ao fim do primeiro, o empregado teria mantidos os direitos decorrentes da rescisão. Nada impede, portanto, que, justificada a transitoriedade, seja estipulado um contrato com prazo certo, com o mesmo empregado que antes trabalhou para a empresa por prazo indeterminado.

No contrato a prazo, desde que seja atingido normalmente o seu término, não é devida indenização de antiguidade. Ele simplesmente se extingue, morre, desaparece; o empregado não foi despedido pelo empregador. Nenhuma indenização de antiguidade, portanto, será devida pela empresa.

Também não será devida "indenização" de antiguidade se o empregado incorrer em justa causa, a qualquer tempo.

Porém, a rescisão do contrato a termo antes do seu final e sem justa causa dá margem a soluções diferentes previstas em lei e assentadas pela doutrina e jurisprudência.

No caso de despedimento sem justa causa pelo empregador no curso do contrato, o empregado receberá as reparações legais.

Se a iniciativa da rescisão partir do empregado, este terá que, por sua vez, indenizar, também, o empregador dos prejuízos que lhe causar. O *quantum* dessa indenização a ser paga pelo empregado será objeto de arbitramento, considerados os eventuais prejuízos que o empregador ocasionalmente tiver sofrido. Trata-se de indenização a ser calculada nos moldes do direito civil, porém limitada, porque a lei estabelece que não poderá ultrapassar jamais a importância que seria devida ao empregado em idênticas condições, portanto a metade dos salários atribuíveis até o fim do contrato.

Se o empregador incorrer em justa causa, dando ensejo ao despedimento indireto, também aqui será assegurada ao empregado a indenização, como se tivesse sido despedido sem justa causa antes do término do contrato.

O Decreto n. 59.820, de 20 de dezembro de 1966, art. 30, § 3º, assegurou a equivalência entre o valor dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a indenização, que a Consolidação das Leis do Trabalho prevê, para os trabalhadores que forem despedidos sem justa causa antes do termo final do contrato a prazo, ao declarar: "Na rescisão antecipada do contrato de trabalho por prazo determinado, de iniciativa da empresa, esta pagará ao empregado a eventual diferença entre o valor da indenização prevista no art. 479 da CLT e o saldo da sua conta vinculada".

É devido o 13º salário proporcional nos contratos a prazo que cheguem ao seu fim. Também as férias proporcionais.

O aviso prévio é incompatível com o contrato a prazo. Só é cabível nos contratos por prazo indeterminado, porque a lei que o regulamenta é clara, e o art. 487 da CLT o demonstra ao dispor, logo nas suas primeiras palavras, que o aviso prévio é devido não havendo prazo estipulado.

É indevido o aviso prévio nos contratos a prazo porque as partes já sabem, de antemão, quando terminará. Desnecessária se faz a sua denúncia.

Todavia, se por inadvertência ou por julgarem conveniente, as partes apuserem cláusulas de aviso prévio (rescisão antecipada) no contrato a prazo, transforma-se a sua natureza desde que tenha sido exercida essa faculdade. O contrato passa a ser considerado por prazo indeterminado, aplicando-se-lhe todos os princípios próprios desse outro tipo de contratação, inclusive a indenização por antiguidade, se for devida.

§ 69. Contrato por obra certa

Sumário: 1. Natureza. 2. Origens. 3. Duração do contrato. 4. Experiência estrangeira. 5. Doutrina brasileira. 6. Término do contrato. 7. Implicações do fundo de garantia do tempo de serviço. 8. Rescisão antes do fim da obra.

1. Natureza

O contrato por obra certa também é um tipo de contrato flexível de trabalho, na medida em que se distancia do contrato a tempo pleno e indeterminado. Nada impede a contratação do empregado por qualquer dos dois tipos contratuais acima indicados, porém é usual o contrato por obra certa, porque compromete as partes durante o tempo de duração da obra apenas, atendendo, assim, à necessidade transitória do empregador, para cujo fim foi instituído.

2. Origens

No setor da construção civil e com respaldo no disposto no art. 455 da CLT, há, também, a prática de contratos de empreitada e subempreitada, caso em que, apesar da responsabilidade solidária a que se refere a lei, não se constituem vínculos de emprego entre as empresas construtoras e o pessoal das empreiteiras secundárias.

Para que seja possível ampliar o número de empregos diretos e tendo em vista as peculiaridades do setor econômico, no qual há uma constante alteração dos quantitativos de pessoal conforme o vulto e a

duração de cada obra, é incompatível, em muitos casos, a admissão de empregados por tempo indeterminado, o que aumenta a subcontratação referida.

Daí a importância do estudo dos contratos por obra certa, questão que tem suscitado algumas dúvidas, nem sempre devidamente enfrentadas, sobre a dimensão com que podem ser utilizados. Desde logo é possível afirmar que é lícita a contratação de pessoal por obra certa, uma vez que há expressa autorização legal nesse sentido.

Com efeito, já com a aprovação da CLT, em 1943 (art. 443) o contrato por obra certa é lícito como modalidade dos contratos de trabalho a prazo assim considerados aqueles cuja vigência depende de termo prefixado, da execução de serviços especificados ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada[1]. Seguiu-se a promulgação da Lei n. 2.959, de 17 de novembro de 1956, também autorizante do contrato por obra certa, com duas inovações: a anotação da carteira de trabalho pelo construtor que exerce atividade permanente e a indenização de término da obra ou serviço do empregado com mais de doze meses[2].

3. Duração do contrato

Quanto à duração do contrato por obra certa, o art. 455 da CLT fixou, primeiramente, com base no art. 1.220 do Código Civil, um prazo máximo de quatro anos, que foi, posteriormente, reduzido para dois. A legislação, portanto, definiu, na CLT, o contrato por obra certa como contrato a prazo. Essa figura contratual, entretanto, evoluiu,

---

1. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, art. 443, parágrafo único: "Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada".

2. Lei n. 2.959, de 17 de novembro de 1956: "Art. 1º No contrato individual de trabalho por obra certa, as inscrições na carteira profissional do empregado serão feitas pelo construtor, desse modo constituído em empregador, desde que exerça a atividade em caráter permanente. Art. 2º Rescindindo o contrato de trabalho em face do término da obra ou serviço, tendo o empregado mais de 12 (doze) meses de serviço, ficar-lhe-á assegurada a indenização por tempo de trabalho na forma do art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho, com 30% (trinta por cento) de redução".

adquirindo características próprias, que devem ser analisadas em conjunto com as modificações ocorridas em nosso ordenamento jurídico.

Um aspecto importante salientado pela jurisprudência é o término automático do contrato na medida em que o serviço para o qual o empregado foi admitido, entre as diferentes atividades existentes na obra, foi terminando, como se vê pela correta decisão que tem a seguinte ementa: "É legítima a contratação para obra certa e não paira dúvida que sua terminação, sobretudo quando se trata de obra de vulto, não ocorre em um só tempo, mas por etapas. A terminação da obra vai ocorrendo aos poucos e à medida em que a obra se aproxima de seu termo, vão sendo necessários menos empregados. Não fere dispositivo legal nenhuma cláusula contratual que estabelece que o contrato de trabalho chegará ao seu termo ao ensejo da terminação de cada etapa da obra" (TRT, 2ª Região, 3ª T., Proc. 11.059/76, Ac. 2.160/77, 21-3-1977, Rel. Juiz Wilson de Souza Campos Batalha, *LTr*, *41*:740).

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se, quanto ao prazo máximo de duração do contrato, nos seguintes termos: "Verificando-se dos autos que o prazo previsto para a conclusão da obra certa somado ao período cumprido extravasa o limite máximo de dois anos, estipulado para os contratos por prazo determinado, cabe a redução a fim de que seja observado o teto estabelecido em lei. O fato autoriza que se tome o contrato por prazo indeterminado, o que somente poderia ocorrer se cumprido todo o período previsto para a conclusão da obra e tivesse o empregado trabalhado, portanto, por mais de dois anos" (TST, 1ª T., RR 3.824/80, Ac. 3.422/81, 17-11-1981, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, *LTr*, *46-3*:300).

O fato é que a lei e a jurisprudência sedimentaram-se, mas a elaboração doutrinária a respeito do contrato de trabalho por obra certa é esparsa e superficial. Poucos são os autores que se estendem em mais de um ou dois parágrafos sobre o tema. Mesmo assim, algumas conclusões podem ser extraídas dessas pequenas considerações.

O contrato por obra certa tem duração máxima prevista pela lei para todos os contratos por prazo determinado, sendo aplicável, no caso, o disposto na CLT, art. 445, segundo o qual "o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2

(dois) anos, observada a regra do art. 451". Esta regra refere-se à prorrogação do contrato, limitada a uma vez, e que, descumprida, transformá-lo-á em por prazo indeterminado. Discute-se se a prorrogação deve ser efetuada dentro dos dois anos ou além deles, mas a lei é omissa, não resolvendo a questão. Todavia, o problema, no caso dos contratos por obra certa, pode ser solucionado, sabendo-se que, nos contratos por prazo determinado para execução de serviços especificados ou condicionados à realização de certos acontecimentos, a lei permite a sucessão dos contratos, sem os efeitos previstos no art. 452.

Vale dizer que quando o fim do contrato depende da realização de certo acontecimento, como a conclusão da obra que está sendo edificada, ou tem por finalidade a execução de serviços especializados, o que é comum nas obras de construção civil e em suas diferentes etapas, a lei permite contratos sucessivos ou, como alguns denominam, "em cadeia", com o mesmo empregado, dada a natureza específica e a finalidade do contrato. É que, quando a lei veda a sucessão de contratos a prazo certo, assim faz no pressuposto de que sua finalidade é a fraude. Porém, nas hipóteses mencionadas, desde que estejam claras, não há como vislumbrar fraude, tendo em vista a finalidade da contratação.

4. Experiência estrangeira

O contrato por obra certa é previsto, também, pela lei de outros países.

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores, no art. 15, autoriza-o, e o Real Decreto n. 2.104/84 o regulamenta, observado, em linhas gerais, o seguinte regime jurídico: a) especificação com clareza e precisão do caráter da contratação e identificação suficiente da obra ou serviço que constituem o seu objeto; b) duração pelo tempo necessário para o serviço ou a obra, extinguindo-se com esse fato, sendo que, se a sua duração for superior a um ano, haverá um aviso prévio de quinze dias; c) ultrapassado o período do aviso prévio e se o empregado continuar na obra, o contrato transformar-se-á em por prazo indeterminado, salvo prova em contrário para mostrar a natureza temporária da prestação do trabalho; d) o descumprimento, pelo empregador, do dever, nesse caso, de pré-avisar obriga-o ao pagamento

de aviso prévio indenizado; e) os contratos coletivos de trabalho podem tratar da matéria[3].

Em Portugal, o Código do Trabalho de 2003, art. 143, *g*, admite contratos de termo incerto para "execução de uma obra, projecto ou outra actividade definida e temporária, incluindo a execução, direcção e fiscalização de trabalhos de construção civil, obras públicas, montagens e reparações industriais, em regime de empreitada ou em administração directa, incluindo os respectivos projectos e outras actividades complementares de controlo e acompanhamento".

Na Itália, a Lei n. 230/62 prevê contratos por obra certa como modalidade dos pactos a prazo. Luisa Galantino observa que esses contratos resultam da exigência de flexibilidade do mercado de trabalho, que tem conduzido, nos últimos anos, a uma progressiva dilatação das situações em que é legítima a inclusão de termo final nos contratos de trabalho[4]. Com efeito, houve considerável ampliação do direito italiano, que atualmente permite o contrato a prazo em maior número

---

3. Espanha, art. 15 do *Estatuto de los Trabajadores*: "Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados. Los convenios colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza". Real Decreto n. 2.104/84: "Art. 2º Contratos para obra o servicios determinados. Art. 2.1. Estos contratos tienen por objeto la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya execución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. Art. 2.2. Los contratos para obra o servicios determinados tendrán el siguiente régimen jurídico: a) en los contratos deberá especificarse con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificarse suficientemente la obra o servicio que constituya su objeto; b) la duración de los contratos será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio; c) se extinguirán cuando se realice la obra o servicio objeto del contrato, previa denuncia de las partes. Cuando la duración del contrato sea superior a un año la parte que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación de quince días. Se llegado el término no se hubiere producido la denuncia de alguna de las partes, y se continuarse realizando la prestación laboral, el contrato se considerará por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación. El incumplimiento por el empresario del plazo de antelación establecido para la denuncia del contrato le obrigará al abono de una indemnización equivalente a los salarios correspondientes al plazo incumplido; (...) e) el trabajador, en función del tiempo, devengará el complemento por antiguidad en los términos fijados en la correspondente norma, convenio o contrato individual".

4. Luisa Galantino, *Diritto del lavoro*, 4. ed., Torino, Giappichelli, 1994, p. 177.

de hipóteses, não só a já citada, mas, também, nas empresas de atividade estacional, em qualquer empresa que necessitar de trabalho ocasional, em contratos artísticos, de teatro, televisão ou rádio, para dirigentes técnicos e administrativos, nos períodos anuais de intensificação de mão de obra nas empresas de transportes aéreos ou aeroportuários, para substituição de trabalhadores afastados por doença e por período não superior a três anos, para aprendizes etc. Coerentemente com o sistema jurídico peninsular, os contratos coletivos podem, também, prever outras situações.

Os países do Mercosul também permitem o contrato por obra certa. No Uruguai, não há um marco legal, mas a doutrina e a jurisprudência tratam do assunto com a disciplina própria dos contratos por prazo determinado em geral. Na Argentina, o tema é regido pela Lei do Contrato de Trabalho, art. 93, e pela Lei Nacional de Emprego, arts. 46 e 47. No Paraguai, já o Código Laboral (Lei n. 213/93, art. 49) declarava que, "quanto à sua duração, o contrato de trabalho pode ser por prazo determinado, por tempo indefinido ou para obra ou serviço determinado", acrescentando, o mesmo dispositivo, que "o contrato para obra ou serviços determinados durará até a total execução de uma ou até a total prestação dos outros" e que "os contratos a prazo fixo ou para determinada obra têm caráter de exceção e só podem ser celebrados nos casos em que assim o exija a natureza acidental ou temporária do serviço que vai ser prestado ou da obra que será executada", orientação em linhas gerais mantida pela legislação subsequente.

A orientação da doutrina é pelo acolhimento do contrato por obra certa.

O jurista venezuelano Rafael Caldera ensina que o contrato de trabalho pode ser concluído para uma obra certa, por tempo determinado ou indeterminado. O professor uruguaio Américo Plá Rodriguez classifica, em relação ao tempo, os contratos de trabalho em duas categorias, os de prazo indeterminado e os de prazo determinado, inserindo na última o contrato de trabalho para uma obra determinada.

5. Doutrina brasileira

No Brasil, o Prof. Messias Pereira Donato sustenta que o contrato por prazo pode ser ajustado em alguns casos, incluindo entre eles "a contratação para obra ou serviço certo".

Octavio Bueno Magano classifica o contrato de obra como mera expressão de contrato por prazo determinado e acrescenta que ele "não pode ser caracterizado como de serviço de natureza transitória, porque, ao contrário, os serviços necessários, numa obra, são geralmente de natureza contínua. Não pode ser caracterizado como contrato de experiência por razões óbvias. Assim, tem de ser necessariamente inserido na categoria dos contratos de prazo determinado, concernentes a atividades empresariais de caráter transitório".

Orlando Gomes e Elson Gottschalk entendem que nem sempre é fácil precisar se determinada relação jurídica é constituída a prazo determinado ou indeterminado, principalmente nos casos de contratos determinados a termo incerto (*dies certus an et incertus quando*). Segundo esses autores, "a duração do contrato de trabalho pode ser fixada por unidade de tempo ou pela natureza do serviço a ser executado pelo empregado". Na segunda hipótese, o evento é certo, mas não o é o dia em que se realiza, o quando. Numa última análise explicam que "é a qualidade do serviço que decide se o contrato é por tempo determinado ou indeterminado. Como normalmente os contratos são estabelecidos sem estipulação do prazo, no caso de dúvida deve-se considerar que a relação é a tempo indeterminado".

Nenhum autor elenca especificamente os pressupostos do contrato por obra certa. Deduz-se, portanto, que são os mesmos do contrato por prazo determinado. A primeira exigência é a determinação do término do contrato, ou seja, a descrição da obra que deve ser realizada. Rafael Caldera afirma que, para que exista a modalidade do contrato determinado com fim incerto, constituído pela conclusão da obra, "é mister que tenha caráter bilateral, em favor de ambos os obrigados, pela natureza sinalagmática do contrato. A característica de um contrato para obra determinada é, com efeito, a dupla vontade: de servir por todo o tempo da execução da obra, de parte do trabalhador, e de manter o trabalhador e pagar-lhe sua remuneração enquanto dure a obra, de parte do empregador".

6. Término do contrato

Outra característica de alguns contratos a prazo é o termo final fixado em função dos serviços especializados ou obra certa. Diferen-

temente dos contratos nos quais o término é fixado no tempo, como nos contratos por tantas semanas, meses, dias etc., se o término coincidir com o fim dos serviços ou da obra ou com acontecimento suscetível de previsão aproximada, não haverá uma determinação temporal exata, uma vez que o desligamento dar-se-á independentemente do decurso de um prazo no sentido cronológico.

Pode, também, ocorrer outra hipótese: o fim da obra não corresponder ao término da totalidade objetiva idealizada pelo empregador, mas à parte que subjetivamente corresponde ao trabalhador, no conjunto. Como observa Caldera, esse tipo de contrato gera um problema delicado: tem muito da incerteza quanto ao termo final, que, na verdade, só relativamente pode ser considerado certo. A certeza limita-se ao fim do contrato, mas há certa indefinição quanto ao momento em que a conclusão da relação jurídica se definirá, o que leva alguns sistemas jurídicos, nesses casos, a exigir aviso prévio, o que não se verifica no ordenamento brasileiro. Às vezes, a duração da obra é muito prolongada ou de difícil previsão.

7. Implicações do fundo de garantia do tempo de serviço

Quais foram as implicações da legislação do FGTS sobre a indenização nos contratos por obra certa com mais de um ano?

A indenização prevista pela antiga Lei n. 2.959, de 1956, foi revogada pela Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, segundo a qual o tempo de serviço do empregado optante passou a ser garantido pelo FGTS, autorizado o saque dos depósitos, pelo empregado optante, na extinção normal do contrato a termo. A mesma diretriz foi mantida pela Lei n. 8.036, de 1990, art. 20, IX. A opção desapareceu com a Constituição Federal de 1988, art. 7º, III, de maneira que o FGTS foi generalizado, de modo automático, como regime exclusivo que substituiu a indenização prevista na lei anterior, daí não mais vigorar o disposto na Lei n. 2.959/56, sendo, atualmente, ao empregado, no término do contrato por obra certa, devida a liberação dos depósitos da sua conta no FGTS.

Quanto ao acréscimo de 40% — hoje acrescidos de mais 10% da contribuição social — que o empregador deve pagar além dos depósitos do FGTS, refere-se às dispensas sem justa causa e não ao término

do contrato por prazo determinado, de modo que nesta segunda situação é indevido o pagamento. Com efeito, declara a Lei n. 8.036, de 1990, art. 18, § 1º: "Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, pagará este diretamente ao trabalhador importância igual a 40% (quarenta por cento) do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros". A lei não obriga o empregador, no término do contrato por prazo determinado, a efetuar o referido pagamento, uma vez que o condiciona aos casos de dispensa sem justa causa, não se referindo ao fim dos contratos a prazo.

8. Rescisão antes do fim da obra

Havendo rescisão antecipada sem justa causa, o empregado terá direito ao saque dos depósitos realizados pela empresa em sua conta e ao pagamento dos 40% calculados segundo o critério acima indicado. Se o despedimento resultar de justa causa, por força dos mesmos dispositivos legais, o empregado não terá direito ao saque nem aos 40% em questão.

O aviso prévio, no término do contrato, é indevido, por força do critério estabelecido pela CLT, art. 487, para a sua disciplina, que é restrita aos contratos por prazo indeterminado. É por tal razão que o mencionado texto legal dispõe: "Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato de trabalho, deverá avisar a outra da sua resolução, com antecedência mínima de...". Há quem propugne pela exigibilidade do aviso prévio na rescisão antecipada e sem justa causa pelo empregador do contrato cujo termo final é incerto pela variabilidade do fim da sua consecução, o que abrangeria os contratos por obra certa, porém, além de não ser tese vitoriosa, contraria dispositivo literal da lei, o citado art. 487 da CLT, motivo pelo qual não pode ser acolhida.

Finalmente, justificou-se, no direito brasileiro, uma tendência restritiva dos contratos a prazo determinado à época em que ao completar dez anos o empregado adquiria o direito a estabilidade no emprego ou, quando despedido antes de atingir esse tempo de casa, tinha direito a indenização de dispensa. Todavia, com a legislação do FGTS

o tema deve ser visto de modo diferente, porque, sendo assegurado ao empregado sacá-lo no término dos contratos a prazo, é claro que foi beneficiado pela nova lei, uma vez que indevida era a indenização na conclusão do contrato a termo. Logo, o contrato a prazo não é, nesse ponto, prejudicial ao empregado, na medida em que permite levantar, com menor periodicidade, os depósitos do FGTS, cujo acesso, nos contratos por prazo indeterminado, é mais difícil.

Resta examinar se na rescisão antecipada do contrato por obra certa por dispensa sem justa causa é devida a indenização do art. 479 da CLT. Este dispositivo declara que "nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato".

A primeira diretriz foi no sentido do pagamento da eventual diferença entre o valor da indenização e o saldo da conta vinculada (Dec. n. 76.750/75, que deu redação ao art. 30, § 3º, do Dec. n. 59.820/66, que é o Regulamento da Lei n. 5.107/66).

A STST n. 125 acolheu essa regra: "O art. 479 da CLT aplica-se ao trabalhador optante pelo FGTS, admitido mediante contrato por prazo determinado, nos termos do art. 30, § 3º, do Decreto n. 59.820, de 20 de dezembro de 1966".

Revogada a Lei n. 5.107/66, entrou em vigor a Lei n. 8.036/90, que é omissa. O Decreto n. 99.684/90, art. 14, que regulamenta essa lei, atualmente em vigor, dispõe que, nos contratos a termo, a rescisão antecipada, sem justa causa ou com culpa recíproca, equipara-se às hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 9º, respectivamente, sem prejuízo do disposto no art. 479 da CLT. O mencionado art. 9º manda pagar os 40% do FGTS.

A doutrina é divergente, uma vez que alguns autores sustentam o direito cumulativo do empregado à indenização e acréscimo do FGTS. Chegam a essa conclusão porque entendem que a finalidade do art. 479 da CLT é específica, ressarcir os danos do desligamento antes do termo final, não coberta a indenização com os 40% do FGTS.

Essa solução não é compartilhada pela doutrina. Aluysio Sampaio (*Contratos de trabalho por prazo determinado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 36) sustenta: "Apenas a opção — pelo FGTS —

desloca o contrato a termo do regime da indenização por inadimplemento, prevista na CLT, para integrá-lo no sistema da garantia do tempo de serviço, instituída pela citada Lei n. 5.107. Isto é, renuncia o empregado à indenização por inadimplemento contratual por preferir a indenização, previamente recolhida, mês a mês, em sua conta vinculada na forma da aludida lei. Isto é, à garantia do tempo futuro do contrato, prefere a garantia do tempo pretérito da mesma relação. Mas o contrato a que se vincula continua sendo por prazo determinado, porque de outra forma não dispõe a lei. E é de notar-se que, dada a determinação do prazo contratual, não se aplicam à relação as normas relativas ao instituto do aviso prévio, a não ser quando o contrato, *ex vi* do art. 481 da Consolidação, contenha norma assegurando a ambas as partes o direito de rescindir o contrato antes do termo ajustado; neste caso, aplicam-se as normas relativas à rescisão dos contratos por prazo indeterminado, se rescindido o contrato antes do termo ajustado".

As diretrizes interpretativas de Aluysio Sampaio refletem a melhor orientação a respeito da matéria, em decorrência de um princípio de paridade. Nos contratos a prazo indeterminado, o FGTS substituiu a indenização. Não há nenhuma razão plausível para que outra orientação prevaleça.

A STST n. 125 remete a solução para a regulamentação da Lei n. 5.107. Esta concluiu que a indenização é devida e os depósitos do FGTS podem ser utilizados como parte do seu pagamento.

Mas outra poderia ser a conclusão, desde que se admita que a Constituição de 1988, no art. 10, I, das Disposições Transitórias prevalece, como é correto, sobre as normas infraconstitucionais. O referido texto dispõe que, enquanto uma lei complementar não regulamentar o art. 7º, I, da Constituição, as dispensas arbitrárias ou sem justa causa serão indenizadas com o pagamento dos 40%. Com efeito, declara o referido dispositivo legal: "Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I — fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de outubro de 1966". Esta lei foi substituída pela de n. 8.036/90, que nesse ponto em nada a alterou. Ora, se a Lei Magna limita, de modo genérico, a reparação pela dispensa arbitrária ou sem justa causa e acréscimo do FGTS,

é válido concluir que a indenização dos contratos a prazo determinado prevista pela CLT está revogada, e em seu lugar o direito do empregado é o pagamento do percentual em questão a que se refere o art. 10, I, das Disposições Transitórias da Constituição.

Reconheça-se, no entanto, que no direito estrangeiro, em que não existe FGTS, a rescisão antecipada pelo empregador dá ao trabalhador o direito de receber a remuneração faltante para o término do contrato, sendo assim que dispõe o Código Civil da Itália, art. 2119, e a Lei da França. Em nosso país, se a rescisão contratual sem justa causa dá-se no início do vínculo, e este tem prazo prolongado, por exemplo, um ano, a metade da remuneração faltante tem valor alto e acréscimo do FGTS pequeno. Já, ao contrário, se ocorre próximo do final do contrato, a indenização terá valor pequeno e os 40% terão valores altos. Assim, saber se o empregado é beneficiado ou prejudicado depende de cada caso concreto.

§ 70. Contrato de trabalho a distância ou teletrabalho

Sumário: 1. Conceito. 2. Avaliação.

1. Conceito

Não há conceito legal de *trabalho a distância*, mas a expressão é usada para designar o trabalho que não é realizado no estabelecimento do empregador, e sim fora dele, portanto, com a utilização dos meios de comunicação que o avanço das técnicas modernas põe à disposição do processo produtivo, em especial no setor de serviços. Não há rigor conceitual porque ainda está por ser feito o estudo desses meios e a forma como na sociedade contemporânea vem sendo utilizado. Um deles é o computador e a *Internet*, mas não é o único, porque outros equipamentos podem ser utilizados para o mesmo fim. "A distância" é um curso por apostilas enviadas por via postal, a exemplo dos cursos *virtuais.* Será *a distância* o trabalho realizado, por exemplo, na residência do prestador, o que não quer dizer que só o será o fornecido desse local. Centros localizados fora da empresa também podem ser unidades de fornecimento de trabalho a distância. Existem tanto empresas de *call-center*, em que trabalham principalmente operadores de *telemarketing*, como há centros de atendimento de serviços fora das empresas beneficiadas e que pertencem a outras empresas especializadas nessa atividade.

Diferem, sob o prisma jurídico, o *trabalho doméstico* e o trabalho realizado na residência do trabalhador como fornecedor de terceiros, este denominado *trabalho no domicílio.*

Doméstico é quem presta serviços, sob a forma de emprego, no âmbito residencial de pessoa ou família. Não é o mesmo que *trabalhador a domicílio*.

A lei brasileira "não distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego" (CLT, art. 6º).

Assim, o trabalho *a domicílio* é compatível com a subordinação. Nesse sentido também é a doutrina italiana. Porém, algumas reservas são feitas no sentido de uma caracterização perfeita da subordinação, daí admitir-se que há uma dependência econômica para que o vínculo de emprego subsista. Com efeito, Sinagra ensina que os trabalhadores a domicílio são economicamente dependentes do empregador para o qual trabalham. De Litala acha que o trabalhador a domicílio é uma figura intermediária entre o trabalhador autônomo e o subordinado. Agostini (*Rapporto di lavoro ed obbligo dei assicurazioni sociali*) afirma que todos os trabalhadores a domicílio são empregados subordinados, a menos que sejam empregadores.

De outro lado, uma corrente sustenta a autonomia dessa relação jurídica. Greco afirma que o trabalhador a domicílio mal se adapta ao esquema do trabalhador subordinado. Di Marcantonio, considerando que o trabalhador a domicílio não tem horário, não se sujeita a controle, dirige com critérios próprios, técnicos, o seu trabalho e assume certo risco, deve ser um trabalhador autônomo muito mais do que subordinado. Riva Sanseverino pensa que o trabalhador a domicílio enquadra-se na figura do trabalhador autônomo, seja quando se põe numa relação direta com o consumidor, seja quando desenvolve a sua atividade à disposição de um ou mais empregadores.

No Brasil, a lei afasta a possibilidade de discussão, ao afirmar que o trabalhador a domicílio pode ser considerado empregado desde que configurados os requisitos da relação de emprego.

Nem sempre será fácil distinguir entre as diversas situações que podem ocorrer, porque o trabalho a distância ou na residência do trabalhador pode caracterizar-se como autônomo quando não há subordinação aos beneficários, sob vínculo de emprego, quando presente o poder de direção do tomador, como, também, na residência pode desenvolver-se uma atividade comercial ou empresarial própria inclusive

com empregados, caso em que evidentemente ali estará funcionando uma empresa, como, também, pode operar-se o trabalho familiar.

2. Avaliação

Algumas atividades podem ser exercidas na residência do prestador de serviços, facilitadas pelos modernos meios de comunicação que o liga às empresas, com o uso do computador e da *Internet,* de tal modo que não há necessidade de presença física do trabalhador na unidade ou estabelecimento da ou das empresas favorecidas.

Em outros países, notadamente nos Estados Unidos, difundiu-se essa prática que não configura relação de emprego por se entender desnecessário o fato de o trabalhador comparecer na empresa para a qual exerce a sua atividade, visto que há a possibilidade de organizar os seus horários segundo as suas necessidades e conveniências, e a perspectiva de empreender uma atividade para diversos beneficiários, fatores suficientes para descaracterizar o vínculo de emprego, critérios que também no Brasil poderão prevalecer.

Mas também a produção industrial pode ser desenvolvida na residência de alguém por conta própria ou alheia, portanto sob a forma de trabalho autônomo ou de trabalho subordinado. Neste segundo caso, caracterizando, contanto que presentes todos os requisitos da CLT, arts. 2º e 3º, o vínculo de emprego em face do disposto no art. 6º da nossa legislação trabalhista. Mais comum, no entanto, é a sua prática no setor de serviços.

Na sociedade pós-industrial, com a modificação no processo produtivo, novas formas de atividades surgem, descentralizadas e sem a concentração do trabalho em unidade, o que poderá abrir nova perspectiva para o trabalho executado na residência e que cada vez mais deixa de se alinhar na diretriz do art. 6º da CLT, para adquirir fisionomias próprias de empreendimento que uma pessoa resolve desenvolver por sua conta e risco.

Nem sempre é possível aplicar rigorosamente os conceitos tradicionais que tipificam a relação de emprego ao trabalho a distância, bastando mostrar a subordinação, uma vez que a descentralização da atividade a evitar um contato direto entre o trabalhador e a empresa a

atenuam consideravelmente a ponto de em determinados casos ser praticamente impossível saber se realmente a atividade é exercida de modo subordinado quando não há evidências de controle e poder de direção.

E quando há traços que permitem concluir que a atividade foi exercida de modo subordinado, quase sempre as conclusões não são fundadas em bases concretas e permitem dupla interpretação, inclusive a que nega relação de emprego. As situações que se formam na prática do trabalho a distância ou não demonstram claramente subordinação, ou esta é muito tênue ou há apenas parassubordinação. Em qualquer caso as conclusões nunca serão seguras.

Não são menores as dificuldades quanto à pessoalidade porque sabemos que à sua falta não há relação de emprego. O trabalho a distância, pelas mesmas razões, a menos que exercido num centro e com um superior, permite o concurso de outras pessoas, o que prejudica a configuração do contrato individual de trabalho, que é um contrato *intuitu personae.*

Pesquisas realizadas em 2009 pela ONG Market Analysis, com 345 trabalhadores em nove capitais, incluindo São Paulo, mostra que o serviço virtual já é adotado por 23% dos funcionários do setor privado. As microempresas são as que mais se utilizam do teletrabalho. Já são 10,6 milhões de teletrabalhadores no País — em 2001 eram apenas 500 mil.

§ 71. Contrato de emprego a tempo parcial

Sumário: 1. Justificação. 2. Conceito. 3. Forma de contrato. 4. Regime de férias.

1. Justificação

A Convenção n. 175 da Organização Internacional do Trabalho, de 22 de fevereiro de 1998, o justifica, reconhecendo a importância que apresenta para todos os trabalhadores contar com um emprego produtivo e livremente escolhido, a importância que tem para a economia o trabalho por tempo parcial, a necessidade de que nas políticas de emprego se leve em conta a função do trabalho a tempo parcial como modo de abrir novas possibilidades de emprego e a necessidade de assegurar a proteção dos trabalhadores a tempo parcial nos campos do acesso ao emprego, das condições de trabalho e da seguridade social.

O direito brasileiro, a exemplo de diversos outros países, prevê esse tipo flexível de contrato de trabalho que tem uma jornada especial diferente daquela do início da sociedade industrial, na qual o empregado prestava serviços a tempo integral.

2. Conceito

Tempo parcial (CLT, art. 58-A) é aquele cuja duração não exceda a 25 horas semanais, caso em que o salário a ser pago poderá ser proporcional à duração reduzida da jornada, observados os quantitativos pagos para os que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

A referida Convenção 175 da OIT o conceitua como aquele de "todo trabalhador assalariado cuja atividade laboral tem uma duração normal inferior à dos trabalhadores a tempo completo em situação comparável", calculada semanalmente ou em média durante determinado período, não considerando em tal regime os trabalhadores afetados por uma redução coletiva e temporária da duração normal do trabalho, por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais.

3. Forma do contrato

A admissão de pessoal em tempo parcial independe de qualquer formalidade diferente da que é exigida quanto aos demais empregados para ingressar na empresa. Convém a contratação escrita para afastar dúvidas quanto à jornada normal reduzida. A conversão de tempo integral em parcial depende de opção formal manifestada pelo empregado, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva, uma vez que nesse caso estará havendo redução da jornada de trabalho dos empregados, lícita mediante acordo ou convenção coletiva, na forma disposta pela Constituição.

4. Regime de férias

O regime de férias para o tempo parcial difere do estabelecido para todo empregado, porque nele há a redução proporcional da duração das férias (CLT, art. 130-A), variando de 8 a 18 dias anuais.

§ 72. Contrato de trabalho temporário

Sumário: 1. Conceito. 2. Diferença de outros contratos. 3. Outras observações.

1. Conceito

Há definição legal de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74, art. 2º): "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços".

Essa definição não é por si totalmente elucidativa. Deve ser completada com outro conceito da mesma lei (art. 4º): "Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos".

2. Diferença de outros contratos

Existem empresas que oferecem locação de mão de obra temporária a outras que necessitem, por prazo curto, de determinado tipo de serviço profissional. Nesse caso, o cliente pede um trabalhador à empresa de trabalho temporário. O cliente, também chamado tomador dos serviços, paga um preço a essa empresa. Esta mantém um cadastro de trabalhadores, de forma a atender à solicitação do cliente. O vínculo trabalhista não é formado entre o cliente e o trabalhador. É constituído

entre a empresa de trabalho e o trabalhador, uma vez que esta é que responderá pelos direitos do trabalhador temporário.

Assim, diferem as figuras do empregado e do trabalhador temporário. Ambos são subordinados. Porém, a subordinação jurídica do trabalhador temporário será com a empresa de trabalho temporário, com a qual o contrato é mantido.

Não se confundem também as figuras do trabalhador temporário e do empregado contratado por prazo certo. Aquele é contratado pela empresa de trabalho temporário, que o envia para prestar serviços ao seu tomador ou cliente. Assim, a presença física do trabalhador temporário nas dependências da empresa do tomador ocorre não porque mantém um vínculo jurídico direto com este, mas porque lá está em nome da empresa de trabalho temporário. O empregado contratado por prazo certo está numa empresa porque tem um contrato de trabalho direto com ela. Assim, esta responderá pelos direitos desse empregado, que a ela ficará subordinado. Observa-se, dessa maneira, que as necessidades transitórias de pessoal de um empregador podem ser satisfeitas de dois modos diferentes: com empregados contratados por prazo certo ou com trabalhadores temporários.

Inconfundíveis, ainda, são as figuras do trabalhador eventual e do trabalhador temporário, pela mesma razão de que o eventual tem vínculo jurídico direto com o beneficiado pelo seu serviço, o que não ocorre, como vimos, com o trabalhador temporário.

Finalmente, é possível, também, distinguir entre empresa de trabalho temporário e agência de colocação. Esta só encaminha, não remunera nem tem vínculo de trabalho com a pessoa por ela colocada. A empresa de trabalho temporário, ao contrário, tem contrato de trabalho com o trabalhador, que é por ela remunerado.

Há, igualmente, diferença entre empresa locadora de mão de obra permanente — que, como vimos, o Código Civil denomina prestação de serviços — e empresa de trabalho temporário. Ambas locam mão de obra. Aquela o faz por prazo indeterminado, como as empresas de vigilância, que mandam guardas e vigilantes. Esta pode colocar o mesmo trabalhador por um prazo máximo de três meses no mesmo tomador; se o trabalhador permanecer por prazo maior, transforma-se automaticamente a natureza do vínculo jurídico, caracterizando-se, daí por diante, como relação de emprego.

Os serviços de segurança, vigilância e transporte de valores podem ser objeto de locação permanente para segurança privada. A Lei n. 8.863, de 1994, considera segurança privada "as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I — vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II — transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga".

3. Outras observações

Também é subordinado o *trabalhador temporário*, não sendo de se confundir a figura com a do empregado admitido a prazo certo, temporariamente.

Temporário não é empregado. Presta serviços para uma empresa de locação de trabalho temporário. E esta é a empresa que cede serviços para outras, de modo que o trabalhador temporário está subordinado imediatamente à empresa de trabalho temporário da qual recebe a remuneração pela atividade desenvolvida no âmbito de interesse do "tomador" ou "cliente" da empresa de trabalho temporário.

Com essas características o trabalhador temporário não pode ser confundido com empregado, uma vez que existem peculiaridades jurídicas no tipo de relação que mantém, mesmo porque o trabalho temporário é considerado modalidade de terceirização, não no sentido da descentralização da atividade da empresa tomadora, que continua sendo prestada internamente, mas quanto ao profissional que vai exercer internamente essa atividade, que não é empregado e sim contratado de outra empresa independente e que não tem nenhuma relação estrutural com a tomadora, chamada *empresa de trabalho temporário.* A Convenção n. 181, da Organização Internacional do Trabalho — OIT, refere-se à empresa de trabalho temporário como agência de emprego privado que põe à disposição de uma terceira pessoa, física ou jurídica, os seus serviços através do trabalhador temporário. Há mais de uma relação direta entre empresa-cliente e empresa de trabalho temporário e que é disciplinada pelo direito civil como todo contrato de locação de serviços entre duas ou mais empresas. Mas há a relação de trabalho cujo liame jurídico se estabelece entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário.

No Brasil, a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, disciplina a matéria.

Diferem as figuras do trabalhador temporário e do trabalhador autônomo.

Trabalhador autônomo, como vimos, é aquele que não transfere para terceiro o poder de organização da sua atividade. Assim, auto-organizando-se, não se submete ao poder de controle e ao poder disciplinar de outrem.

O autônomo exerce atividade econômico-social por sua iniciativa, sua conveniência ou os imperativos das circunstâncias, de acordo com o modo de trabalho que julga adequado aos fins a que se propõe.

Autônomo é o médico no seu consultório, o dentista na mesma situação, o vendedor, qualquer profissional não subordinado.

Não coincidem, também, relação de emprego e trabalho temporário: a) o contrato de trabalho temporário sempre será escrito, enquanto a relação de emprego formaliza-se por escrito ou não; b) os sujeitos da relação de emprego são dois, empregado e empregador, enquanto os sujeitos do contrato de trabalho temporário são três, a empresa de trabalho temporário, o trabalhador temporário e o tomador dos serviços; c) na relação de emprego o trabalhador é remunerado diretamente pelo destinatário do serviço; no trabalho temporário quem o remunera não é o destinatário do serviço, mas a empresa de trabalho temporário; d) os ônus trabalhistas, no contrato do trabalho temporário, são cumpridos pela empresa de trabalho temporário, que cede o trabalhador à tomadora, quando, na relação de emprego, é o empregador quem responde por eles; e) nenhum contrato de trabalho temporário pode ultrapassar 90 dias, enquanto os contratos de emprego, salvo de experiência, podem ultrapassar esse prazo e até mesmo não ter prazo.

Empregado e trabalhador temporário são figuras diferentes, embora com diversos aspectos comuns. O trabalho temporário acha-se bastante difundido.

No trabalho temporário constitui-se uma relação jurídica triangular.

Primeira, entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços, portanto uma relação de natureza comercial pela qual aquela se compromete, por um preço, a prestar serviços a esta.

O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço (Lei n. 6.019, de 1974, art. 9º).

Os motivos justificadores da demanda são apontados pela lei (art. 2º), que diz respeito ao atendimento a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviço. O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a cliente, em relação ao mesmo trabalhador, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art. 10).

Segunda, um contrato de trabalho entre o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário, este sim um vínculo trabalhista cujos conflitos serão resolvidos pela Justiça do Trabalho, sendo a ação do trabalhador movida contra ambas as empresas, a de trabalho temporário e a tomadora dos serviços, mesmo porque, em caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo tempo, pela remuneração e indenização (art. 16).

O contrato de trabalho entre a empresa de trabalho temporário e cada um dos trabalhadores colocados à disposição de uma empresa-cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores (art. 11).

Considera-se trabalho temporário "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços" (art. 2º).

Confere a Lei n. 6.019, de 1974, os seguintes direitos ao pessoal temporário: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional; b) jornada máxima diária de 8 horas; c) adicional de horas extras de 20%; d) férias proporcionais de 1/12 por mês de ser-

viço ou fração superior a 15 dias, salvo em caso de despedimento com justa causa e pedido de demissão (Lei n. 5.107, art. 26); e) repouso semanal remunerado (Lei n. 605, de 1949); f) adicional noturno de 20%; g) indenização por despedimento sem justa causa ou término do contrato, correspondente a 1/12 do salário por mês de serviço; h) seguro contra acidente de trabalho; i) previdência social.

A Lei n. 8.036, de 1990, art. 15, § 1º, obriga o fornecedor de mão de obra a fazer depósitos do Fundo de Garantia.

A lei brasileira não veda a sindicalização dos trabalhadores temporários, uma vez que o art. 8º da Constituição dispõe que é livre a associação profissional ou sindical e restringe, apenas, a existência de mais de um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial. O trabalhador temporário é uma categoria profissional específica e que não se confunde contratualmente com a dos empregados da empresa tomadora dos serviços. Na Espanha, em 1975, foi feito o primeiro contrato coletivo de trabalho subscrito, de um lado, pela *Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal*, e, de outro lado, pelas *Centrales Sindicales CC.OO e UGT,* seguido por outros convênios coletivos que regulam direitos dos trabalhadores e duração dos contratos de trabalho temporário.

Capítulo XIV

Contratos de trabalho diversos dos contratos de emprego

§ 73. Contrato de trabalho autônomo

Sumário: 1. As transformações contemporâneas. 2. A profissão autônoma. 3. O autônomo na Espanha. 4. O autônomo economicamente dependente. 5. A opinião de Palomeque sobre a lei espanhola. 6. O autônomo e a lei do Brasil. 7. O advogado autônomo. 8. O advogado associado. 9. O representante comercial autônomo. 10. O transportador rodoviário de cargas autônomo. 11. Outros contratos.

1. As transformações contemporâneas

A partir de 1990 o fenômeno do trabalho autônomo despertou maior interesse nos juristas do direito do trabalho europeu. A razão de ser da atenção para ele voltada situa-se na precarização desse trabalho, que passou a ser, em diversos casos, praticado em piores condições que as dos empregos por meio de contratos. Constitui-se ainda numa forma de "escapar" das exigências legais e do custo do trabalho subordinado.

As leis sobre contratos de trabalho passaram a ter maior abrangência, entendendo-se por contrato de trabalho um gênero com duas grandes áreas (o trabalho subordinado e o trabalho autônomo), acrescidas, na doutrina italiana, de uma terceira, intermediária (o trabalho parassubordinado), na qual foram incluídos diversos tipos contratuais, como o trabalho contínuo coordenado e de colaboração, o trabalho a projeto, o *trabalho intermitente "a chamada",* ou seja, novas técnicas legais de contratação do trabalho pendendo para a esfera do trabalho autônomo.

Não são demasiadas algumas perguntas iniciais para que se possa ter uma melhor visão a respeito do trabalhador autônomo que cresce de importância na sociedade contemporânea, significando, na Espanha, 10,6% da força de trabalho. No Brasil, apesar da falta de dados estatísticos específicos, aumenta, o que é visível, a sua participação no sistema produtivo como decorrência da falta de empregos, o que levou muitos subordinados a tentarem a sorte com uma atividade por conta própria, assumindo riscos e atirando-se no mercado de trabalho.

O autônomo hoje não é mais apenas o *autônomo clássico*, o profissional liberal, o médico, o advogado, o engenheiro, o arquiteto, o dentista, a podóloga e tantos que exercem atividade econômica por conta própria, porque os sistemas de produção de bens, de serviços, de produção de informações e o avanço da tecnologia criaram novas realidades, com reflexos amplos, inclusive sobre as formas pelas quais o trabalho é prestado.

2. A profissão autônoma

O que se vê é uma crescente massa de pessoas com diversas qualificações profissionais fora da profissão escolhida e que não conseguiram emprego. Recorrem, nesse caso, a uma atividade por conta própria. Procuram outros meios de subsistência além dos empregos assalariados.

São formas de obter meios: o "*pet-acompanhante"* que anda pelas ruas, o fisioterapeuta que ganha por sessão, o *personal trainer* que três vezes por semana vai à residência do cliente, a jovem que distribui folhetos de propaganda nos cruzamentos das avenidas, o camelô de rua, o vendedor de bilhete de loteria, a florista da porta das boates, o caminhoneiro fretista por conta própria, o taxista de aeroporto, a modelo de desfiles de modas, o programador de *software,* o autor de livros, o cirurgião de hospital, o tradutor de línguas, o colaborador "*free lance*" *que não quer se submeter a dias ou a horários fixos de serviço*, o consultor econômico de aplicações financeiras, o consultor jurídico, a consultora de modas, a costureira que faz consertos de roupas e tantos outros.

Amplia-se, portanto, a participação do autônomo no mercado de trabalho como agente da economia, o que aumenta a importância da análise jurídica dessas relações de trabalho.

3. O autônomo na Espanha

A Espanha, em 2007, aprovou o Estatuto do Trabalho Autônomo, lei pioneira sobre o tema: Lei n. 20/2007, de 11 de julho, n. 166 — *Estatuto del Trabajo Autónomo* (*BOE — Boletín Oficial del Estado*).

Nesse país, em 2006, 10,6% da força de trabalho era integrada por autônomos — 3.315.707 deles filiados à previdência social.

Há, segundo a lei, dois tipos de autônomos: o *autônomo clássico* e o *autônomo economicamente dependente*; o primeiro é a pessoa física que realiza de forma habitual, pessoal, direta, por conta própria e fora do âmbito de direção e organização de outra pessoa, uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo, deem ou não ocupação a trabalhadores por conta alheia; o segundo, o que obtém seu ganho concentrado em um comitente para o qual exerce a maior parte da sua atividade.

Os contratos de trabalho autônomo são escritos ou verbais, para a execução de uma obra ou uma série delas ou para a prestação de um ou mais serviços pelo tempo estipulado pelas partes. A lei não impede que trabalhem juntos autônomos e empregados, caso em que terão deveres de colaboração, cooperação, informação e instrução sobre as atividades.

4. O autônomo economicamente dependente

A grande inovação é o *autônomo economicamente dependente*.

São assim considerados aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional lucrativa de forma habitual, pessoal, *direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica,* o cliente, do qual auferem ao menos 75% de seus ganhos, critério objetivo estabelecido pela lei. Portanto, a lei presume que o autônomo que tem a maioria da sua retribuição de trabalho provinda de um só cliente é econômica, mas não juridicamente, dependente, configurando-se a hipótese de autônomo dependente.

O autônomo dependente não pode ter empregados nem subcontratar serviços e deve ter infraestrutura produtiva e material próprios, assumir os riscos da sua atividade e desenvolver o seu trabalho com

critérios organizativos também próprios. O fato de receber do cliente indicações técnicas não o transforma em subordinado.

As associações ou sindicatos que o representam podem firmar, e esta é outra grande inovação, *acordos de interesses profissionais* com empresas para as quais os seus serviços são prestados, acordos que serão regidos pelo Código Civil.

5. A opinião de Palomeque sobre a lei espanhola

Manuel Carlos Palomeque López, Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Salamanca, comentou a lei espanhola no artigo *El derecho de los trabajadores autónomos a la seguridad y salud en su trabajo.*

Interpretando-a, entende por trabalho autônomo aquele que responde tecnicamente a uma dupla nota caracterizadora: primeiro em relação ao regime de titularidade dos resultados do trabalho, porque os autônomos desenvolvem uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo, por conta própria, de forma habitual, pessoal e direta, por meio de negócios jurídicos diversos, cujo destino final é o mercado; e segundo em relação ao modo de organização e execução da sua atividade produtiva, porque o trabalho autônomo é independente no sentido literal da expressão, não submetido a ordens e instruções sobre o modo da sua realização.

O mesmo autor explica que, embora o autônomo não esteja incluído no perímetro do direito do trabalho, isso não é obstáculo para que nossa disciplina não se mantenha atenta às consequências negativas de uma exclusão total do autônomo com o qual deve manter um cordão umbilical que evite a sua exclusão absoluta, ainda que essa vinculação se faça de modo excepcional e para uma *discrecional laboralización parcial* justificada por motivos de política social e na perspectiva da extensão social aos autônomos dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico aos assalariados.

Para esse fim, entende que o modelo legislativo do trabalho autônomo dever ser o de *exclusión general/laboralización excepcional* da relação existente entre o trabalho autônomo e o ordenamento laboral.

Assim, mostra que a Espanha decidiu legalmente atribuir a esses profissionais alguns direitos trabalhistas: a liberdade sindical (art. 3º) e os direitos coletivos básicos, como a filiação a um sindicato empresarial da sua escolha e a fundação de entidades sindicais próprias.

No plano individual assegurou-lhes: o direito ao trabalho, a liberdade de iniciativa econômica, o direito à propriedade intelectual, os direitos derivados do exercício da sua atividade profissional (como a igualdade e a não discriminação), o respeito à intimidade, a consideração à dignidade, o direito à formação e à readaptação profissionais, o direito à integridade física, a proteção adequada da segurança e saúde no trabalho, o direito de receber pontualmente o pagamento convencionado pelo seu trabalho, a proteção à vida pessoal e familiar, o direito a assistência e às prestações sociais suficientes diante de situações de necessidade, a tutela judicial efetiva dos seus direitos profissionais e o acesso aos meios extrajudiciais de solução dos conflitos (art. 4.3 do ETA — Estatuto do Trabalho Autônomo).

A lei é aplicável a outras categorias que assimilou: aos autônomos *socios trabalhadores* — no Brasil, sócios de indústria das sociedades de capital e indústria —, aos sócios de cooperativas de trabalho, aos parceiros que aportem unicamente na parceria o seu trabalho e, mesmo aportando capital, quando a sua parte não superar 10% do valor total do capital da sociedade de parceria e, finalmente, aos *trabajadores autónomos económicamente dependientes* (arts. 1.2, *d*, e 11 a 18 do ETA).

Nesse ponto, afirma Palomeque, impõe-se, na atualidade, uma reflexão sobre o que denomina a *crise de adaptação* do ordenamento laboral clássico e do modelo tradicional de relações industriais, referindo-se ao modelo *fordista* próprio da grande empresa industrial, de produção em massa baseada em especialização das tarefas e atribuições em uma organização hierárquica e coletiva de trabalho.

Palomeque transcreve trechos do relatório elaborado pelo Grupo de Peritos, coordenado por A. Supiot, *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Informe para la Comisión Europea* (Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 35-36). São os seguintes.

No modelo clássico a importância preponderante é para os contratos de trabalho por conta alheia com jornada completa, sem prazo

final, fundados no intercâmbio entre um elevado nível de subordinação e de controle disciplinar pelo empresário e um elevado nível de estabilidade e de compensações em prestações sociais e garantias para o trabalhador. Porém, atualmente é comum observar que esses esquemas de regulação social e econômica de emprego estão perdendo terreno rapidamente, fato que se vem refletindo nas diversas modificações experimentadas pelo Direito do Trabalho na Europa, sob a tríplice influência da elevação do nível de competição e de qualificação, com a consequente elevação dos níveis de autonomia profissional dos trabalhadores, independentemente da sua subordinação contratual, da pressão crescente da competição nos mercados mais abertos e da aceleração do progresso técnico, em particular no âmbito da informação e da comunicação, com o que foram desenvolvidos outros modelos de organização do trabalho. Ademais, deu-se o ingresso amplo de mulheres casadas no mercado de trabalho, e as importantes mutações econômicas e sociais ocorridas (como o envelhecimento da população e o aumento da taxa de divórcios, a instabilidade e a heterogeneidade das estruturas familiares) contribuíram para a erosão do poder das conquistas obtidas com base em uma troca da subordinação e da estabilidade no âmbito social.

Palomeque prossegue dizendo que a situação econômica e social descrita exige a aplicação de modelos diversificados de contratos de trabalho, que permitam a incorporação das diversas formas de organização da produção e do trabalho existentes, contexto no qual se insere a regulamentação legal do trabalho autônomo em geral ou dos que se encontrem em uma situação de dependência econômica diante de uma empresa ou comitente.

A *dependência econômica* do autônomo em relação a determinado cliente, do qual obtém a maior parte dos rendimentos da sua atividade profissional, define juridicamente a sua condição. São assim considerados pela lei espanhola (Estatuto del Trabajo Autónomo — ETA) aqueles que "realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente (a condição de dependente tão só se poderá ostentar a respeito de um único cliente (art. 12.2, ETA), do qual dependam economicamente por perceberem ao menos 75% dos seus ingressos por rendimentos

do trabalho e de atividades econômicas ou profissionais" (art. 11.1, ETA). Em nossas palavras, em resumo, são autônomos dependentes econômicos aqueles que prestam atividade profissional lucrativa de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica denominada cliente, da qual recebem pelo menos 75% dos seus rendimentos do trabalho.

A figura do autônomo pressupõe o preenchimento dos seguintes requisitos simultâneos (art. 11.2, ETA):

a) a condição de não serem empregadores, nem *contratistas,* nem terceirizarem sua atividade (art. 11.2, *a*, ETA);

b) o desenvolvimento de sua atividade de *modo diferenciado* em relação aos demais trabalhadores a serviço do cliente (art. 11.2, *b*, ETA);

c) ter os *meios de produção* próprios (art. 11.2, *c*, ETA);

d) ter uma *organização produtiva* própria, com critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas que possa receber do seu cliente (art. 11.2, *d*, ETA);

e) a percepção de uma *contraprestação econômica* de acordo com o pactuado com o cliente (art. 11.2, *e*, ETA).

A regulação do contrato compreende: a sua duração (art. 12.4, ETA); a interrupção anual da atividade (art. 14.1, ETA); o descanso semanal e nos feriados, além da jornada e sua distribuição semanal (art. 14.2, ETA); a realização da atividade por tempo superior ao pactuado (art. 14.3, ETA); o horário da atividade e sua adaptação às necessidades de conciliação com a vida pessoal, familiar e profissional do trabalhador (art. 14.4, ETA); a proteção contra a violência de gênero de que seja vítima a trabalhadora autônoma ou do seu direito à assistência social integral (art. 14.5, ETA); a extinção do contrato (art. 15, ETA); a interrupção ou suspensão da atividade por parte do trabalhador (art. 16, ETA); os procedimentos não jurisdicionais de solução de conflitos (art. 18, ETA).

Os *acuerdos de interés profesional* (acordos de interesse profissional) a que nos referimos acima são regidos pelas disposições do Código Civil e firmados entre as associações ou sindicatos que representem os autônomos e as empresas para as quais executem suas ati-

vidades (arts. 3.2 e 13, ETA), sendo aplicáveis apenas aos signatários do acordo e aos filiados às associações ou sindicatos.

O autônomo é protegido pelas leis do sistema espanhol de seguridade e saúde.

6. O autônomo e a lei do Brasil

Em nosso país a figura do autônomo está dividida entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, naquele pelo contrato de prestação de serviços, neste pelo direito de sindicalização, e na previdência social como segurado. Melhor seria a unificação da legislação sobre o autônomo. O contrato de trabalho do autônomo é denominado *contrato de prestação de serviços* e é regido pelos arts. 593 a 609 do Código Civil.

O contrato do autônomo tem por objeto a prestação de serviços por conta própria. Ex.: o dentista em relação ao tratamento dentário de alguém; o médico, à cirurgia do paciente; o consultor, à assessoria eventual a cliente.

O poder de direção exercido sobre o trabalho de alguém é fundamental para a definição das duas formas de atividade profissional. Esse poder inexiste no trabalho autônomo e está presente no contrato de emprego ou na relação de emprego do direito do trabalho. O autônomo autodirige-se.

O autônomo tem a tutela da legislação de seguridade. É segurado obrigatório da previdência social, assim como seu beneficiário (Lei n. 8.213, de 1991).

Além disso, pode sindicalizar-se (CLT, art. 511).

Como pessoa humana, é protegido pelos direitos e garantias fundamentais da Constituição no exercício da profissão — ou fora dele (CF, art. 5º).

Tem direito de ação perante o Poder Judiciário para cobrar do cliente os seus direitos, bem como para responder em juízo. A EC n. 45/2004 alargou a competência da Justiça do Trabalho para permitir a interpretação de que o trabalho autônomo, como tipo de relação de trabalho, possa, assim, por esta ser conhecido, interpretação que, se confirmada, poria o direito processual à frente do direito material em avanço social.

Duas são as questões judiciais mais discutidas sobre o tema: 1ª) a competência da Justiça do Trabalho para decidir questões de autônomos; e 2ª) a configuração ou não, em cada caso concreto, do trabalho autônomo ou subordinado.

A competência da Justiça do Trabalho, matéria de ordem processual e constitucional, com enfoque, no caso, para decidir questões de trabalhadores autônomos, remete à verificação de alguns pressupostos da questão, entre os quais o mais importante é o significado da expressão "relações de trabalho", que vem recebendo interpretações divergentes. Outra premissa, que se relaciona com um aspecto socioeconômico: se todo autônomo deve ter o direito de ação na Justiça do Trabalho ou só o dependente econômico. Nesse caso, surgirá outro problema da maior complexidade, que a lei espanhola resolveu fixando uma presunção.

A Reforma do Poder Judiciário (EC n. 45/2004) tem repercussões, e amplas, sobre a competência material da Justiça do Trabalho, de modo que surgirão, com toda certeza, inúmeras discussões e, também, divergências a respeito da melhor interpretação a ser dada aos novos dispositivos constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, ao fixar a competência da Justiça do Trabalho, em seu art. 114, declarava: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho...". Dispõe o novo texto legal (redação conforme a EC n. 45/2004): "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I — as ações oriundas da relação de trabalho...; (...) IX — outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei".

Logo, compete à Justiça do Trabalho julgar questões sobre relações de trabalho, o que põe em discussão o significado da expressão introduzida no texto constitucional, que tanto pode ser compreendida como todo o universo de relações jurídicas de trabalho da pessoa física (sendo, portanto, gênero) como também a relação de trabalho sendo sinônimo de relação de emprego.

Como vimos, com base no Código Civil (art. 594), é possível conceituar relação de trabalho; dispõe o referido texto que "toda a

espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

Porém, nos casos concretos, o que mais se debate é se a situação típica é de autônomo ou de subordinado, como na jurisprudência a seguir.

"A distinção entre relação de emprego e trabalho autônomo ocorre com a prova de subordinação ou ausência desta, pois se os serviços são prestados com autonomia, de acordo com o poder de direção, com o *modus faciendi* cotidiano estabelecido pelo prestador do serviço, configurar-se-á a relação autônoma, por outro lado, comprovando-se que o empregador controla e determina como o serviço deve ser prestado, estamos diante da relação empregatícia nos moldes em que prevista no art. 3º da CLT. Entretanto, no plano concreto, nem sempre é muito clara a diferença entre autonomia e subordinação. É que dificilmente existe contrato de prestação de serviços em que o tomador não estabeleça um mínimo de diretrizes e avaliações básicas à prestação efetuada, embora não dirija nem fiscalize o cotidiano dessa prestação. Esse mínimo de diretrizes e avaliações básicas, que se manifestam principalmente no instante da pactuação e entrega do serviço (embora possa haver uma ou outra conferência tópica ao longo da prestação realizada) não descaracteriza a autonomia. Recurso improvido" (TRT/SP, RO 02163200502202006, Ac. 12ª T. 20080086513, Rel. Sonia Maria Prince Franzini — *DOE,* 29-2-2008).

"Provado que o reclamante desempenhou suas atividades como *motoboy* em empresa que tem por atividade-fim a entrega de mercadorias, ainda que utilizando a própria motocicleta, mas de maneira habitual, onerosa, sob subordinação jurídica e em atividade de natureza não eventual da reclamada, deve ser reconhecido o vínculo empregatício havido entre as partes" (TRT/SP, RO 04820200608902009, Ac. 11ª T. 20080090863, Rel. Maria Aparecida Duenhas — *DOE,* 26-2-2008).

"O conjunto probatório existente nos autos não confirma a prestação de serviços pelo reclamante à ré de forma subordinada, habitual e mediante pagamento de salário que fosse possível o reconhecimento do vínculo empregatício. Ademais, há nos autos o contrato de arrendamento juntado pela reclamada, que está assinado pelo autor, com firma reconhecida, o qual não foi elidido por qualquer contraprova nos autos,

não havendo prova em todo o processo que o mesmo é fraudulento. De todo o conjunto probatório existente nos autos não restou demonstrada a prestação de serviços pelo reclamante à ré de forma subordinada, habitual e mediante pagamento de salário que fosse possível o reconhecimento do vínculo empregatício" (TRT/SP, RO 00937200640102007, Ac. 4ª T. 20080104830, Rel. Carlos Roberto Husek — *DOE,* 29-2-2008).

"Tratando-se de trabalhadora contratada para a prestação de serviços de corretagem de títulos de seguro e de previdência privada, não se pode falar em fraude aos preceitos consolidados, uma vez que existe expressa vedação legal, dirigida aos corretores, de serem sócios, administradores, procuradores, despachantes ou empregados da empresa de seguros (arts. 17 da Lei 4.594/64, que regula a profissão de corretor de seguros, e 125 do Decreto-Lei 73/66, que a regulamentou). Recurso Ordinário a que se dá provimento, para afastar o reconhecimento de vinculação empregatícia entre as partes e decretar a improcedência da reclamação" (TRT/SP, RO 00478200603202007, Ac. 11ª T. 20080090626, Rel. Maria Aparecida Duenhas — *DOE*, 26-2-2008).

Alguns contratos de trabalho do Código Civil, quando figuram pessoas físicas e com independência do cliente, também são abrangidos pelo conceito de trabalho autônomo.

Assim, a regra do Código Civil (art. 594) de que "toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição" deve ser interpretada, no Brasil, como de competência da Justiça do Trabalho, com o novo suporte constitucional, para julgar toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, mediante remuneração, o que abrange outras figuras, além das figuras examinadas, quando exercidas com pessoalidade.

Como proposta doutrinária, os contratos de trabalho, em sentido amplo, podem ser classificados como *contratos regidos pelo direito do trabalho*, *contratos regidos pelo Código Civil, contratos regidos pelo Código do Consumidor* e *contratos regidos pelo direito administrativo.*

São relações de trabalho regidas pelo Código do Consumidor as *relações de consumo de serviços*. Com efeito, dispõe o Código do Consumidor, art. 3º, § 2º: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo *as decorrentes das relações de caráter trabalhista*".

7. O advogado autônomo

O trabalho autônomo do advogado é a forma exercida por maior número de profissionais e se expressa mediante uma relação jurídica com os clientes, caracterizando-se como prestação de serviços autônomos do Código Civil à qual se aplicam, também, regras especiais do Estatuto da Advocacia e da OAB, formalizando-se como contrato de honorários com o cliente segundo as regras previstas pelo art. 22 e seguintes do Estatuto. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa (art. 32, Estatuto) e deve cumprir rigorosamente os deveres previstos no Código de Ética e Disciplina (art. 33), estando sujeito a sanções disciplinares aplicadas por sua entidade de classe.

8. O advogado associado

Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviços de advocacia. A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB, em cuja base territorial tiver sede (Estatuto, art. 15). Além da sociedade de advogados é prevista outra figura, o advogado associado (Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, art. 39), uma vez que a sociedade de advogados pode associar-se com advogados sem vínculo de emprego, para participação nos resultados. Os contratos entre sociedades de advogados e advogados associados são averbados no registro da sociedade de advogados (Reg., art. 39, parágrafo único). Os advogados sócios e os associados respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo e culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos de advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer (Reg., art. 40).

9. O representante comercial autônomo

A Lei n. 4.886, de 1965, com alterações da Lei n. 8.420, de 1992, dispõe sobre representação comercial quando, sem relação de emprego, pessoa física, ou jurídica, faz a mediação para a realização de negócios mercantis. O Código Civil, nos arts. 710 a 721, dispõe sobre agência ou representação, que Sílvio Venosa, em *Direito civil*, sustenta tratar-se de contrato nos meios artísticos e esportivos, com a figura do *empre-*

sário do atleta profissional, ou do artista, e do vendedor empregado, da Lei n. 4.886, de 1965.

Nos casos concretos, para se concluir se há ou não o poder de direção, portanto a subordinação, avaliam-se dados do caso como: 1) comparecer diariamente à empresa; 2) cumprimento de roteiro de visitas elaborado pelo próprio vendedor ou por uma empresa para a qual as vendas são feitas; 3) presença obrigatória em reuniões; 4) receber ordens diretas; 5) sofrer admoestações pela execução inadequada do serviço; 6) fiscalização sobre a sua atividade; 7) zona fechada e cadastro de clientes fornecido pela empresa ou pertencente ao vendedor; 8) exclusividade; 9) despesas da atividade e veículo próprio. Ex.: o ambulante que vende no Viaduto do Chá por conta própria não é empregado, mas se alguém o financia e dirige a sua atividade, ficando com os lucros e pagando uma percentagem, será empregado.

Não se confundem, embora apresentem alguns pontos comuns, representação comercial e relação de emprego, a primeira um contrato de prestação de serviços autônomos pertencentes à esfera do direito comercial, a segunda um vínculo empregatício que se insere no âmbito do contrato individual de trabalho, regendo-se pela lei trabalhista.

Contrato de representação comercial, para Fran Martins (*Contratos e obrigações comerciais*, 1981, p. 337-46) é "aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de outra. A parte que se obriga a agenciar propostas ou pedidos em favor da outra tem o nome de representante comercial; aquela em favor de quem os negócios são agenciados é o representado. O contrato de representação comercial é também chamado contrato de agência".

Pouco ou nada ajuda a solucionar as fronteiras entre os dois contratos a lei sobre representante comercial autônomo (Lei n. 4.886, de 1965, com alterações da Lei n. 8.420, de 1992), porque dispõe (art. 1º) que "exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, *sem relação de emprego* (grifo nosso), que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios".

Ora, se para saber se há um representante autônomo verifica-se, em primeiro lugar, se há relação de emprego, é evidente que da existência

ou não dos requisitos que configuram essa relação é que surgirá a resposta à questão. Presentes os elementos definidores do vínculo de emprego (CLT, art. 3º), o que depende do modo como a atividade é prestada, especialmente a subordinação, fica automaticamente afastada a configuração da autonomia característica do representante comercial, e, ainda que exista um contrato escrito de representação comercial, a relação jurídica é atraída para a esfera do direito do trabalho, se presentes todos os requisitos que caracterizam a condição de empregado.

Logo, a lei não solucionou a questão da diferença entre representante comercial autônomo e vendedor empregado. Tudo dependerá do caso concreto e do modo como o trabalho da pessoa física que faz intermediação de negócios, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios, o fará.

Diante desse quadro, a primeira tarefa do intérprete será, por exclusão, verificar se estão afastados os dados configuradores da condição de empregado. Convencendo-se que sim, então examinará o contrato escrito de representação comercial e não aplicará a legislação trabalhista, o que explica a desorientação da jurisprudência, que ora interpreta, numa questão, que o contrato é de representação comercial, ora que é uma relação de emprego.

Alguns aspectos estão delineados pela jurisprudência como os seguintes: "A delimitação da área de atendimento do representante comercial e das metas e diretrizes de sua atuação pela empresa representada, bem como a sujeição de cadastros de clientes ao crivo desta, não configuram a existência de subordinação hierárquica e jurídica própria da relação de emprego. Decorrem, em verdade, de previsão inserta na Lei n. 4.886/65 atinente ao contrato de representação comercial, consoante o disposto nos seus arts. 27 e 28. Assim sendo, como o contrato de representação comercial contém todos os elementos do contrato de trabalho, à exceção da subordinação, tem-se justamente neste aspecto o traço distintivo dos pactos citados" (TST, RR 459.009, 4ª T., 2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, *DJ*, 22 set. 2000, p. 557); "1. O contrato de trabalho é vinculado à realidade da prestação de serviço e não apenas ao pactuado pelas partes. 2. A subordinação do prestador de serviços às ordens do empregador caracteriza a relação de trabalho. 3. O trabalhador autônomo, que age como representante comercial, não se submete às determinações da empresa mas às dis-

posições do contrato, ainda que receba orientação sobre o serviço a fazer, como deve fazê-lo, qual o material a ser empregado. Por seu turno, o representante comercial fornece, quando solicitadas, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, para normal controle de sua atividade, sem que isto implique subordinação. 4. Descaracterizada, 'in casu', a relação de emprego, o reclamante é carecedor do direito de ação" (TST, RR 9.978/85, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 24 out. 1986).

10. O transportador rodoviário de cargas autônomo

Contrato de transporte é aquele em que alguém, mediante remuneração, desloca, de um lugar para outro, pessoas ou coisas (CC, art. 730). Ex.: transporte de mudança em caminhão de motorista, transporte de frutas e verduras, *perueiro* que em seu veículo transporta pessoas, motorista de ônibus escolar, piloto de helicóptero que leva o executivo para uma reunião, taxista que faz corrida em seu automóvel. A finalidade do contrato de transporte é o deslocamento de uma pessoa ou de uma coisa, e o porte ou frete é o preço do transporte pago ao transportador. Transportador é a pessoa física que trabalha por sua conta. Será autônomo e não empregado. Porém, se trabalhar continuadamente para outrem, sob o seu poder de direção, sendo por este remunerado, pode configurar-se a relação de emprego, se houver subordinação. Ex.: *fretista rodoviário ou motorista carreteiro* — nome dado ao caminhoneiro que ganha por viagem. Tudo depende da sua liberdade em exercer a atividade. O tacógrafo destina-se à aferição de velocidade, mas, às vezes, é argumento utilizado para provar subordinação. A liberdade de contratar carga de retorno, ao contrário, pende para o contrato de transporte.

A lei que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração (Lei n. 11.442, de 2007), realizado em vias públicas, no território nacional, com a responsabilidade do transportador considera essa atividade econômica de natureza comercial, exercida por pessoa física ou jurídica em regime de livre concorrência, e depende de prévia inscrição do interessado em sua exploração no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas — RNTR-C —, da Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT —, nas seguintes categorias: I — Transportador Autônomo

de Cargas — TAC, pessoa física que tenha no transporte rodoviário de cargas a sua atividade profissional; II — Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas — ETC, pessoa jurídica constituída por qualquer forma prevista em lei que tenha no transporte rodoviário de cargas a sua atividade principal.

O contrato definirá a forma de prestação de serviço do transportador como agregado ou independente. Denomina-se agregado aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa. Denomina-se independente aquele que presta os serviços de transporte de carga de que trata a lei em caráter eventual e sem exclusividade, mediante frete ajustado a cada viagem. As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata a lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego. Compete à Justiça Comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transporte de cargas.

11. Outros contratos

Contrato de agência e distribuição é o contrato pelo qual alguém comercializa produtos para terceiros (CC, arts. 710 a 721). Ensina Sílvio Venosa, em *Direito civil*, v. 3, que o Código Civil não foi muito claro, mas diferencia agência de distribuição a partir da disponibilidade da coisa em mãos do sujeito. Se a pessoa tem a coisa que comercializa, será distribuidor. Caso contrário, será agente. Há, nos meios artísticos e de futebol, a figura chamada *empresário* (do artista ou do atleta profissional), que se encarrega de obter negócios: para o artista, *shows* em que se apresentará; para o atleta, a sua transferência de um clube de futebol para outro, mediante uma percentagem, situações que configuram o contrato de agência e não de distribuição.

Pelo *contrato de corretagem* uma pessoa não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme instruções recebidas (CC, arts. 722 a 729). Quem se obriga a obter negócios é o corretor. Há corretagens exercidas por pessoas jurídicas e por pessoas físicas. Quanto a estas, se estiverem configura-

dos os elementos da definição de emprego, haverá relação de emprego. Será comitente ou dono do negócio aquele que contrata a intermediação do corretor, pagando-lhe uma comissão. A corretagem não é um contrato de atividade. É um contrato de resultado. Só haverá o pagamento da comissão se concluído o negócio. Há corretores oficiais, como os investidos de ofício público, a exemplo dos corretores de mercadorias, de navios, de operações de câmbio, de seguros, de bolsa de valores e corretores livres. A profissão de corretor de imóveis é disciplinada por lei (Lei n. 6.530, de 1978) e é privativa de quem tenha título técnico em transações imobiliárias.

Administradores são os membros do conselho de administração da sociedade anônima e os membros da diretoria. Não são empregados, mas mandatários eleitos para o exercício da administração por um período. De acordo com a Súmula 269 do TST, o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. "Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções" (CC, art. 1.016). Não podem fazer parte do Conselho Fiscal da sociedade limitada os empregados desta (CC, art. 1.066, § 1º). O contrato social pode permitir administradores não sócios, portanto, uma administração de profissionais remunerados para esse fim (CC, art. 1.061).

§ 74. Contrato de trabalho eventual

Súmário: 1. Conceito. 2. Teorias. 3. Atividades nas quais o trabalho eventual é frequente. 4. Transformação do eventual em empregado. 5. A construção da doutrina. 6. Inaplicabilidade da CLT. 7. Outros aspectos.

1. Conceito

Eventual não é empregado.

A distinção entre empregado e trabalhador eventual é importante, porque a CLT é aplicável a empregados e não a trabalhadores eventuais (CLT, arts. 1º e 3º).

Trabalho intermitente não é o mesmo que trabalho eventual, e difere daquele prestado pelo empregado num ponto, a continuidade para a mesma fonte, porém com espaçamentos, e do exercido pelo eventual num aspecto, a ocasionalidade da fonte para a qual o serviço eventual é prestado. Pode ser considerado uma modalidade do trabalho eventual, mas há diferenças entre as duas situações. O intermitente difere do eventual pelo seu *caráter cíclico continuado*, com intervalos entre o fim de um e o início de outro trabalho para a mesma fonte. Pode-se dizer que o eventual, como está no nome, é o trabalho para um *evento* de curta duração, enquanto o trabalho intermitente é o retorno constante, mas interruptivo, não seguidamente, como acontece com o empregado, e sim em intervalos significativos.

Não será demais exemplificar, para facilitar a compreensão dos conceitos, com o serviço doméstico. A diarista que vai uma vez por

semana, todas as semanas na mesma residência, é intermitente, mas a babá que vai acompanhar a família numa semana de férias para tomar conta da criança e depois é liberada, terminando o seu compromisso com esse tomador de serviço, é eventual.

Na Itália a situação do intermitente é diferente. Lá o intermitente é um trabalhador chamado para trabalhar quando a empresa dele precisar. É o denominado *contrato por chamadas (contratto a chiamatta).*

2. Teorias

Há mais de uma teoria que procura explicar a diferença entre empregado e trabalhador eventual: a do *evento,* a dos *fins da empresa,* a da *descontinuidade* e a da *fixação*.

1ª) *Teoria do evento,* segundo a qual eventual é o trabalhador admitido numa empresa para determinado evento. Evento quer dizer acontecimento, obra, serviço específico. Nesse caso, o eventual vai cumprir na empresa algo que ficou estabelecido e que não terá longa duração. Terminada a sua missão, automaticamente estará desligado.

2ª) *Teoria dos fins da empresa,* para a qual empregado é o trabalhador cuja atividade coincide com os fins normais da empresa e eventual é o trabalhador que vai desenvolver numa empresa serviços não coincidentes com os seus fins normais.

3ª) *Teoria da descontinuidade,* segundo a qual eventual é o trabalhador ocasional, esporádico, que trabalha de vez em quando, ao contrário do empregado, que é um trabalhador permanente.

4ª) A que nos parece melhor, *teoria da fixação jurídica na empresa,* segundo a qual eventual é o trabalhador que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa a uma fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo.

A fixação é jurídica.

3. Atividades nas quais o trabalho eventual é frequente

Há exemplos que podem, de algum modo, facilitar a compreensão do conceito de trabalhador eventual: o "boia-fria", volante rural, que cada dia vai trabalhar numa fazenda diferente, ganhando por dia, sem

se fixar em nenhuma delas; o "chapa", que faz carga e descarga de mercadorias de caminhões, recebendo cada dia de um motorista diferente ou de empresas diferentes para as quais, sem fixação, faz esse serviço; e a diarista, que vai de vez em quando fazer a limpeza da residência da família.

4. Transformação do eventual em empregado

Um trabalhador eventual pode transformar-se automaticamente em não eventual, portanto, em empregado. Basta que, em vez de trabalhar de vez em quando, passe a fazê-lo seguidamente para a mesma fonte de trabalho, caso em que surgirá um ajuste, até mesmo tácito, ou uma relação de emprego.

Portanto, pode, sim, o eventual transformar-se automaticamente em intermitente, desde que o prestador passe a trabalhar, embora em espaçamentos, para a mesma fonte, como nada impede que o intermitente preste serviços para mais de uma fonte. O caso concreto, de acordo com as características que se apresentem, oferecerá elementos para o enquadramento em uma das duas hipóteses: na do eventual, se não mais retornar a trabalhar para o mesmo tomador, e na do intermitente, se tem um compromisso de retorno constante, embora com intervalos consideráveis no tempo.

O regime jurídico do trabalho intermitente no ordenamento brasileiro carece de regulamentação.

5. A construção da doutrina

Uma teoria mede a eventualidade ou ineventualidade com base nos fins da empresa. Não eventual é quem exerce funções coincidentes com a finalidade da empresa. Eventual é quem está na empresa para executar serviços que não coincidem com os fins por ela visados na sua atividade normal.

Assim, o pedreiro que vai construir um muro de uma fábrica de automóveis não é empregado, mas trabalhador eventual. Não nos parece adequada essa orientação. Um pedreiro pode ser empregado de uma fábrica de automóveis, embora os fins da sua atividade em nada coincidam com os da empresa. Então, será preciso colocar em outras bases a explicação.

Eventualidade é o acaso, a contingência, a incerteza.

Trabalhador eventual é aquele que presta a sua atividade para alguém, ocasionalmente. As características da relação jurídica que o vincula a terceiros podem ser assim resumidas: a) a *descontinuidade*, entendida como a não permanência em uma organização de trabalho com ânimo definitivo; b) a *impossibilidade de fixação jurídica a uma fonte de trabalho*, consequente dessa mesma descontinuidade e inconstância e da pluralidade de tomadores de serviços; c) a *curta duração* de cada trabalho prestado.

O trabalhador eventual é desvinculado de uma fonte de trabalho porque esta não aproveita a sua atividade constantemente, só o fazendo de modo episódico. Assim, trabalhador eventual é o mesmo que profissional sem patrão, sem empregador, porque os seus serviços não têm destinatário uniforme, mas múltiplos beneficiários, em frações de tempo relativamente curtas, sem qualquer caráter de permanência.

Sob o prisma da organização que utiliza o trabalho, o eventual é trabalhador descontínuo. A pluralidade de tomadores de serviço e a fugacidade com que cada um utiliza o seu trabalho impossibilitam a constituição de relação de emprego com qualquer dos múltiplos beneficiados.

No entanto, visto o eventual por meio do próprio agente, trabalhador eventual será tanto aquele que trabalha esporadicamente, isto é, nos dias, semanas ou meses que quiser, como também aquele que, embora prestando serviços diariamente, o faz para diversos beneficiários aos quais não se vincula por uma relação de continuidade. Nesse caso, o eventual é um profissional como os demais, exerce ocupação produtiva e de natureza alimentar, embora diversas sejam as fontes pagadoras das quais recebe. A ocasionalidade será, assim, da *aproximação*, mas não da atividade do trabalhador.

Existem pontos de identidade entre o eventual e o empregado.

No entanto, o eventual tem direitos previdenciários. É segurado obrigatório da previdência social, equiparado, pelas nossas leis previdenciárias, ao trabalhador autônomo.

A necessidade de extensão dos direitos trabalhistas ao eventual vem sendo sustentada pelos doutrinadores, por um imperativo de justiça social. Para Rafael Caldera o direito do trabalho deve regulamentar o trabalho em si e não apenas o trabalho do empregado, e o contrato de trabalho não deve ser o único tipo nele regulamentado.

Pondo-se nessa linha ampliativa do âmbito de aplicação do direito do trabalho, a nova lei argentina (Lei n. 20.744, art. 108) tem um dispositivo sem similar em nossa legislação, definindo o trabalho eventual: "Qualquer que seja a sua denominação, considerar-se-á que existe um contrato de trabalho eventual quando a atividade do trabalhador é exercida sob a dependência de um empregador para a satisfação de resultados concretos, objetivados por este, em relação a serviços extraordinários determinados de antemão, ou exigências extraordinárias e transitórias da empresa, exploração ou estabelecimento. Entender-se-á, também, que há tal tipo de relação, quando o vínculo começa e termina com a realização da obra, a execução do ato ou a prestação de serviços para os quais foi contratado o trabalhador".

O jurista argentino Juan A. Ensinck, comentando o texto, afirma que o trabalho eventual é "um tipo de atividade que, dentro da empresa, não tem possibilidade lógica de se repetir e é isso o que dá ao contrato de trabalho o caráter de eventual". Essa legislação ordena a aplicação, aos trabalhadores eventuais, dos mesmos direitos atribuídos aos empregados, *se compatíveis*, sem explicitar quais são os direitos compatíveis e incompatíveis, o que tem dificultado a atuação dos tribunais. O melhor seria, no caso brasileiro, uma lei própria para o eventual, tanto urbano (ex.: o *chapa*), como o rural (ex.: o *boia-fria* ou *volante* de fazendas).

O trabalho eventual é prestado com *pessoalidade*, a exemplo do que ocorre na relação de emprego. Com efeito, trabalhador eventual será uma pessoa física, e sua atividade é diretamente exercitada pelo próprio trabalhador. As obrigações do eventual são caracterizadas pelo *intuitu personae*, diante do caráter fiduciário de que se revestem. Também a *onerosidade* é elemento comum à relação de emprego e ao trabalho eventual, porque há em ambas as figuras um encargo bilateral dos sujeitos e que consiste, para o eventual, no dever de executar um serviço, e, para o tomador do serviço, na obrigação de remunerar. A *subordinação* também é outro requisito comum às duas relações jurídicas, porque tanto o empregado como o eventual trabalham sob ordens. O eventual está sujeito a fiscalização, e o seu trabalho é executado sob orientação do beneficiado. Durante a existência da relação jurídica o eventual cumpre horário. Portanto, é a *continuidade* o elemento diferenciador do eventual e do empregado. Não há critério matemático da lei fixando o limite máximo a partir do qual a duração do vínculo torna-se permanente. Fica o problema confiado ao prudente arbítrio do juiz.

6. Inaplicabilidade da CLT

Ao eventual não é aplicável a CLT, assim considerado o trabalhador que não se fixa, para a realização da sua atividade, ao tomador de serviços ao qual serve sem continuidade. A lei deveria fixar um prazo máximo para o trabalho eventual.

Eventual e intermitente são dois tipos diferentes de trabalho.

Trabalho intermitente difere daquele prestado pelo empregado num ponto, ou seja, a continuidade para a mesma fonte, porém com espaçamentos, e do exercido pelo eventual num aspecto, isto é, a ocasionalidade da fonte para a qual o serviço eventual é prestado.

A lei brasileira nada dispõe sobre trabalho intermitente, criando, com essa omissão, vários problemas. O conceito de trabalho intermitente fica a critério da doutrina e da jurisprudência e, desse modo, não oferece a segurança que haveria se fosse disciplinado pela lei.

A jurisprudência é escassa e ainda não encontrou uma diretriz, a não ser quando trata da diferença entre exposição intermitente e exposição eventual para fins de direito ao adicional de periculosidade, excluindo-o neste e admitindo-o naquele caso. A doutrina considera intermitente o contrato de emprego que pela natureza da atividade se renova em épocas próprias do ano, como os contratos entre empregados e hotéis de lazer na época de férias nos meses de julho e de dezembro a janeiro. São, na verdade, dois contratos de trabalho a prazo certo e que podem ser sucessivos não só nesse caso do exemplo, mas nos demais casos em que a natureza da atividade justificar.

Pode, no entanto, o trabalho eventual transformar-se automaticamente em intermitente, contanto que o prestador passe a trabalhar, embora em espaçamentos, para a mesma fonte, como nada impede que o intermitente preste serviços para mais de uma fonte. O caso concreto, de acordo com as características que se apresentem, oferecerá elementos para o enquadramento em uma das duas hipóteses: na do eventual, se não mais retorna a trabalhar para o mesmo tomador; e do intermitente, se tem um compromisso de retorno constante, embora com intervalos consideráveis no tempo.

Não há dúvida de que existem zonas cinzentas pelas peculiaridades de cada situação, de difícil definição, como, também, nem sempre é fácil, em determinado caso, distinguir entre empregado e eventual.

O eventual e o intermitente são subordinados, mas não são empregados, apesar da tendência de alguns juízos em declarar a relação de emprego entre o tomador de serviços e o intermitente. Essa relação não há. Pode apresentar-se outra situação, a do trabalho prestado para a mesma fonte em determinadas épocas do ano e em todos os anos, como a dos garçons e outros que, nas temporadas de férias ou fins de semana de feriados, vão reforçar os quadros de um hotel na montanha, situação que, para alguns, configura a intermitência, mas qualificada como relações de emprego por prazo determinado. No entanto há um inconveniente. Os contratos a prazos sucessivos são admitidos, entre as mesmas partes, se a natureza da atividade for compatível com a sua repetição.

No direito espanhol há o trabalho fixo de caráter descontínuo, denominação atribuída a certas relações de trabalho que são permanentes de acordo com o volume normal de atividades comuns da empresa, mas cíclicos porque não exigem prestação de serviços todos os dias. Pertencem a esse gênero os trabalhos que são seguidos no tempo, mas restritos a determinados dias ou acontecimentos do ano como espetáculos públicos, feiras e acontecimentos desportivos que, sob o prisma da continuidade, não apresentam a mesma frequência do trabalho do empregado. Esses trabalhos podem coincidir com as atividades-fim do tomador, pois são de ciclo contínuo, embora intermitentes.

O regime jurídico do trabalho intermitente no ordenamento brasileiro carece de regulamentação para afastar dúvidas sobre o seu conceito e enquadramento, de modo que seria de toda conveniência uma lei em condições de dirimir dúvidas, oferecer maior segurança para o contratante e, também, especificar direitos para o contratado. Esses direitos não devem ser os mesmos de empregados, para não sobrecarregar os ônus do contratante e para não dificultar a absorção e a formalização desse tipo de mão de obra, como, também, a do trabalhador eventual, serviços que, diante da falta de empregos, crescem na sociedade contemporânea.

7. Outros aspectos

Resta indicar os aspectos que o estudo do conceito de trabalho eventual comporta.

Já foi dada a definição de trabalho eventual, classificado como uma das formas de trabalho subordinado (*v*. § 27, n. 5) mas que às vezes pode confundir-se com trabalho autônomo dependendo do modo como o trabalho é prestado.

Trabalhador eventual é aquele que presta a sua atividade para múltiplos destinatários, sem se fixar continuadamente em nenhum deles. Eventual é um subordinado de poucas horas ou pouco tempo que vai realizar um serviço especificado, findo o qual terminará a sua obrigação. Não é autônomo porque está sob o poder diretivo de outrem, o destinatário do serviço, enquanto o executar. Se o serviço for prestado sem a subordinação, será autônomo, provavelmente empreiteiro.

Com razão Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena[1]: "O trabalho eventual é, via de regra, subordinado. Ainda que a prestação de serviços seja ocasional e se destine à cobertura de uma exigência desligada do normal funcionamento da empresa — essa é a acepção corrente de trabalho eventual — a atividade do trabalhador passa a compor, ainda que momentaneamente, a circulabilidade ativística da empresa".

Há uma concepção de trabalho eventual, bastante difundida mas não devidamente explicada, como aquele que não faz parte normal do estabelecimento. Suas origens são atribuídas às lições de Barassi, que teriam inspirado decisões judiciais no México, recolhidas pela doutrina de Mario de la Cueva. Assim, eventual seria um trabalho estranho à empresa, não coincidente com os seus fins normais. Objeta-se que a empresa é um complexo que reúne, para a produção de bens ou prestação de serviços, os mais diferentes profissionais. Um enfermeiro pode ser empregado de uma fábrica de automóveis. Assim, a diferença entre empregado (trabalho continuado) e eventual (trabalho não continuado) resulta, guardadas as proporções e com as necessárias adaptações, da mesma que há entre contratos continuados (de trato sucessivo) e contratos instantâneos (que se exaurem com uma só prestação). O eventual, terminado o serviço específico e predeterminado que prestou subordinadamente, concluiu a obrigação. O empregado não trata serviços específicos porque fará tantos quantos, nos limites da sua função, forem ordenados pelo empregador. Pode se transformar um trabalho eventual em contínuo. Basta a reiteração do comportamento para o mesmo destinatário.

---

1. *Relação de emprego,* São Paulo, Saraiva, 1975, p. 178.

§ 75. Contrato de trabalho avulso

Sumário: 1. Conceito. 2. Tipos de avulsos. 3. A Lei dos Portuários. 4. Lei do avulso e dos movimentadores de mercadorias em geral. 5. Outras observações.

1. Conceito

Empregado e trabalhador avulso são duas situações jurídicas distintas. O vocábulo "trabalhador avulso" é utilizado, por alguns, com a significação de trabalhador eventual. Porém, não é exatamente esse o seu sentido.

Assim, as notas características do trabalho avulso são: a) a intermediação do sindicato do trabalhador na colocação da mão de obra, hoje não mais obrigatória; b) a curta duração dos serviços prestados a um beneficiado; c) a remuneração paga basicamente em forma de rateio procedido pelo sindicato.

2. Tipos de avulsos

Observe-se, no entanto, que a reavaliação dos tipos de relações jurídicas de trabalho avulso, no sentido amplo, começa pela constatação de que, efetivamente, há mais de um tipo de avulso que o debate doutrinário deve admitir, bem como uma classificação contemporânea, tendo em vista as figuras do *avulso sindical,* do *avulso não sindical,* do *avulso portuário* e do *avulso não portuário.*

Admitida a pluralidade de tipos de avulsos, como nos parece acertado, impõe-se saber se os dados do conceito tradicional se man-

têm, se desapareceram ou se apenas foram de algum modo modificados, começando pelo conceito de *intermediação sindical,* que, com toda evidência, foi central para a elaboração do conceito de uma figura na qual o trabalho é prestado sem vínculo empregatício e com a intercalação, entre o prestador e o tomador, de um órgão de representação sindical.

3. A Lei dos Portuários

A Lei dos Portuários (Lei n. 8.630, de 1993) criou o OGMO — Órgão Gestor de Mão de Obra, que administra o trabalho portuário avulso (art. 18, I).

Desse modo, chega-se à conclusão de que a intermediação do sindicato deixou de ser elemento essencial da figura do avulso portuário de terminais privativos ou de portos organizados, conquanto subsista como dado relativo e não mais absoluto. Há avulsos intermediados e avulsos não intermediados pelo sindicato. Logo, a intermediação do sindicato não é mais indispensável ou não é a única forma de contratação desse tipo de trabalhador, com o que o conceito tradicional deve ser revisto, principalmente diante da valorização do avulso pela Constituição Federal de 1988.

São previstos pela Constituição Federal, art. 7º, XXXIV, que estabeleceu a igualdade dos direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Os demais direitos resultam de contrato coletivo de trabalho.

A Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, nos dispositivos dedicados à *gestão de mão de obra* pelos operadores portuários (art. 18), deixa claro que estes, os *operadores portuários* — pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado —, devem constituir, em cada porto, um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, tendo como finalidade administrar o "fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso", distinguindo, também, duas categorias, bem como "estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador por-

tuário avulso", atribuindo, além disso, ao mesmo órgão uma função disciplinar (art. 19) para aplicar penalidades de repreensão verbal ou escrita, suspensão do registro pelo período de 10 a 30 dias ou o seu cancelamento. E o referido diploma legal (art. 20) evidencia que o exercício dessas atribuições pelo órgão gestor da mão de obra não implica a configuração de relação de emprego entre ele e o avulso.

O mesmo tipo de serviço pode ser executado tanto por empregado como por avulso, de modo que não é pelo tipo de atividade prestada que será possível chegar a alguma conclusão. Tanto assim que o art. 26 do mesmo texto legal declara que "o trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos". Logo, não será pela função exercida, mas pelo modo como é prestada, que o conceito poderá ser aclarado e nesse particular é que ganham destaque os já mencionados requisitos da administração e da inexistência de relação de emprego, dados que são, efetivamente, indicativos da separação entre os dois tipos de trabalho, o do empregado e o do avulso.

O Brasil, na acertada análise de Clauber Brandão de Sá Júnior (*v.* A Convenção n. 137 da OIT e as demais normas sobre o trabalho portuário, *Revista LTr* 60-01/45, jan. 1996), "dando demonstração de adequação às exigências internacionais de proteção ao trabalhador portuário, contidas na Convenção n. 137 e na Recomendação n. 145, que a completou, editou, no âmbito do seu Direito interno, a Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que vem tratar das alterações portuárias, e cuida também da situação do trabalhador portuário, adotando diversas indicações inseridas naqueles diplomas internacionais".

A Convenção n. 137 da Organização Internacional do Trabalho, denominada "convenção referente às repercussões sociais dos novos métodos de processamento de carga nos portos", foi aprovada na 58ª Conferência, em 1973; foi ratificada pelo Brasil e preconiza a adoção de uma política de empregos permanentes ou regulares no trabalho portuário, diretriz que não encontra correspondência no sistema de trabalho avulso. Outro objetivo da mesma norma internacional é a adaptação da categoria profissional dos portuários à nova realidade da

vida portuária e a ampliação do uso das máquinas implicando a substituição ou a readaptação do profissional.

A Recomendação n. 145, de 6 de junho de 1973, sugere, entre outras medidas, o ecletismo do trabalho portuário com qualificação mais ampla para o desempenho de qualquer tarefa e a racionalização do tempo de serviço.

4. Lei do avulso e dos movimentadores de mercadorias em geral

A Constituição de 1988 (art. 7º, XXIV) assegura a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo de emprego e o trabalhador avulso. Como o trabalho do avulso é de curtíssima duração, esses direitos são calculados de forma proporcional ao tempo em que trabalham para o mesmo tomador dos serviços.

O Código Civil de 2002 (art. 594), ao declarar que "toda espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição", dá suporte ao trabalho eventual e o atrai a seu âmbito, não obstante fosse de toda conveniência uma lei trabalhista com o fim de atrair para a sua esfera o trabalho eventual adequado às suas características.

A Lei n. 12.023, de 27 de agosto de 2009, dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso para estabelecer o seguinte:

1) as atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho para execução das atividades;

2) a remuneração, a definição das funções, a composição de equipes e as demais condições de trabalho serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores avulsos e dos tomadores de serviços;

3) são atividades da movimentação de mercadorias em geral: I — cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacadas, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento,

acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras; II — operações de equipamentos de carga e descarga; III — pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade;

4) essas atividades serão exercidas por trabalhadores com vínculo empregatício ou em regime de trabalho avulso nas empresas tomadoras do serviço;

5) cabe ao sindicato elaborar escala de trabalho e folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação, devendo prestar, com relação a estes, as seguintes informações: I — os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato; II — o serviço prestado e os turnos trabalhados; III — as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores, registrando-se as parcelas referentes a: a) repouso remunerado; b) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; c) 13º salário; d) férias remuneradas mais 1/3 constitucional; e) adicional de trabalho noturno; f) adicional de trabalho extraordinário;

6) são deveres do sindicato intermediador: I — divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores; II — proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados; III — repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso; IV — exibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos; V — zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho; VI — firmar acordo ou convenção coletiva de trabalho para normatização das condições de trabalho;

7) em caso de não repasse da remuneração, o sindicato será responsável e, também, pessoal e solidariamente, os dirigentes da entidade sindical;

8) a identidade de cadastro para a escalação não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho;

9) são deveres do tomador de serviços: I — pagar ao sindicato os valores devidos pelos serviços prestados ou dias trabalhados, acrescidos dos percentuais relativos a repouso remunerado, 13º salário e férias acrescidas de 1/3, para viabilizar o pagamento do trabalhador avulso, bem como os percentuais referentes aos adicionais extraordinários e noturnos; II — efetuar o pagamento a que se refere o inciso I, no prazo máximo de 72 horas úteis, contadas a partir do encerramento do trabalho requisitado; III — recolher os valores devidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, acrescido dos percentuais relativos ao 13º salário, férias, encargos fiscais, sociais e previdenciários, observando o prazo legal;

10) a liberação das parcelas referentes ao 13º salário e às férias, depositadas nas contas individuais vinculadas e o recolhimento do FGTS e dos encargos fiscais e previdenciários serão efetuados conforme regulamentação do Poder Executivo;

11) as empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato;

12) as empresas tomadoras do trabalho avulso são responsáveis pelo fornecimento dos equipamentos de proteção individual e por zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho;

13) são previstas multas administrativas no valor de R$ 500,00 por trabalhador avulso prejudicado.

5. Outras observações

Empregado e *trabalhador avulso* são figuras jurídicas distintas. A expressão "trabalhador avulso" por alguns é utilizada com a significação de trabalhador eventual. Porém não é exatamente esse o seu sentido.

A Portaria n. 3.107, de 7 de abril de 1971, do então Ministério do Trabalho e Previdência Social, define avulso nos seguintes termos: "Entende-se como trabalhador avulso, no âmbito do sistema geral da previdência social, todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe".

Passamos a mostrar as origens dessa figura em nosso direito.

Da necessidade de carga e descarga de mercadorias no porto, surgiu uma categoria própria de trabalhadores que exercem a sua atividade segundo características peculiares. São os estivadores, assim denominados aqueles que fazem esse serviço nos porões dos navios, os conferentes, consertadores de cargas e descargas e assemelhados.

Esses trabalhadores não contratam diretamente o serviço. Fazem-no por meio dos próprios sindicatos. Quando uma empresa de navegação precisa de mão de obra, solicita-a ao sindicato dos trabalhadores. A entidade sindical recruta o pessoal nela agrupado, que, assim, vai trabalhar durante a carga ou descarga de determinado navio e enquanto tal se fizer necessário. Terminada a operação, o preço global do serviço é colocado pelas empresas de navegação à disposição do sindicato, que faz um rateio entre os trabalhadores. Estes não são, assim, considerados empregados, nem das empresas de navegação, porque o serviço a elas prestado é esporádico e eventual e porque delas nada recebem diretamente, nem do sindicato de classe, porque essa entidade não exerce atividade lucrativa, não paga salário e funciona como simples agente de recrutamento e colocação.

Dada a amplitude dos termos da Portaria n. 3.107, outras categorias de trabalhadores, como os garçons, passam a trabalhar também no mesmo sistema, contratando serviços por meio do sindicato.

Assim, as notas características do trabalho avulso são: a) a intermediação do sindicato do trabalhador na colocação da mão de obra; b) a curta duração dos serviços prestados a um beneficiado; c) a remuneração paga basicamente em forma de rateio procedido pelo sindicato.

A Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXXIV) assegura a "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso". A Lei n. 5.480, de 10 de agosto de 1968, manda aplicar aos trabalhadores avulsos as disposições da

Lei n. 4.090, de 1962, que instituiu o 13º salário, e da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, sobre o FGTS. O Decreto n. 53.153, de 10 de dezembro de 1963, estende aos avulsos o salário-família. O Decreto n. 61.851, de 6 de dezembro de 1957, regulamenta a concessão de férias anuais. A Lei n. 5.385, de 16 de fevereiro de 1968, trata do *trabalho de bloco* (serviço de limpeza, de conservação de embarcações mercantes, inclusive os de limpeza e conservação de tanques, os de batimento de ferrugem, os de pintura e os de reparos de pequena monta), dispondo que os armadores devem pagar diretamente a remuneração desses trabalhadores. O avulso é segurado obrigatório da Previdência Social, tendo todos os benefícios, auxílios e serviços previstos pelas leis previdenciárias.

Os "garçons avulsos" não têm leis aplicáveis às suas relações de trabalho. Se empregados, têm os mesmos direitos previstos na CLT.

O conceito de trabalhador avulso modificou-se em função de mais de um fato determinante das novas configurações do exercício das atividades, que antes eram reconhecidas apenas para a área dos portuários.

Primeiro, as iniciativas consuetudinárias empiricamente praticadas fora das atividades portuárias, nas quais havia a intermediação de sindicatos e outras representações de trabalhadores para a contratação de serviços eventuais, desenvolveram-se no âmbito de categorias não portuárias, como no meio rural, no de garçons e outras, com o que o conceito de avulso estendeu-se, ultrapassando os limites da atividade portuária.

Segundo, a reorganização dos portos (Lei n. 8.630/93), dando origem a modificações, no plano legal, que afastaram, em determinadas situações, a presença obrigatória do sindicato como órgão de intermediação da contratação do pessoal, uma vez que os órgãos gestores de mão de obra portuária passaram a atuar para esse fim, respondendo solidariamente com os operadores pela remuneração dos avulsos e legitimidade passiva perante a Justiça do Trabalho (art. 643 da CLT). Esses órgãos são compostos, obrigatoriamente, de uma Diretoria Executiva, cujos membros são indicados pelos operadores portuários, e de um Conselho de Supervisão, paritário, integrado por representantes indicados pelos operadores portuários, pelos trabalhadores portuários e pelos usuários dos serviços portuários.

Terceiro, o permissivo legal para a realização dos mesmos serviços sob a forma de relações de trabalho permanente, isto é, relações de emprego, e não mais apenas de relações jurídicas com avulsos, existindo, agora, concomitantemente, serviços portuários idênticos prestados quer por empregados, quer por avulsos.

Quarto, a contratação dos serviços portuários pelas empresas titulares de terminal privativo, utilizando-se de pessoal próprio, sob a forma de relação de emprego por prazo indeterminado, desobrigadas de requisitar trabalhadores avulsos aos sindicatos profissionais que os representam, já que a lei facultou-lhes a realização das atividades em seus terminais com pessoal permanente próprio, o que é incompatível com a obrigatoriedade da requisição.

Esses aspectos sugerem uma nova posição doutrinária em relação ao conceito de trabalhador avulso, mais próxima do quadro que se apresenta nas relações jurídicas da prestação de serviços nessa importante esfera de atividade profissional, cada vez mais desatrelada, pelos imperativos do processo econômico e pela necessidade de modernização dos tipos de contratos de trabalho, das amarras que a prendiam a uma construção elaborada com base em critérios que devem ser reavaliados.

A reavaliação dos tipos de relações jurídicas de trabalho avulso, no sentido amplo, começa pela constatação de que, efetivamente, há mais de um tipo de avulso que o debate doutrinário deve admitir, bem como uma classificação contemporânea, tendo em vista as figuras do *avulso sindical*, o *avulso não sindical*, o *avulso portuário* e o *avulso não portuário*.

Admitida a pluralidade de tipos de avulsos, como nos parece acertado, impõe-se saber se os dados do conceito tradicional se mantêm, se desapareceram ou se apenas foram de algum modo modificados, começando pelo conceito de *intermediação sindical*, que, a toda evidência, foi central para a elaboração do conceito de uma figura na qual o trabalho é prestado sem vínculo empregatício e com a intercalação, entre o prestador e o tomador, de um órgão de representação sindical.

Desse modo, chega-se à conclusão de que a intermediação do sindicato deixou de ser elemento essencial da figura do avulso portuário de terminais privativos ou de portos organizados, conquanto sub-

sista como dado relativo e não mais absoluto. Há avulsos intermediados e avulsos não intermediados pelo sindicato. Logo, a intermediação deste não é mais indispensável, ou não é a única forma de contratação desse tipo de trabalhador, com o que o conceito tradicional deve ser revisto, principalmente diante da valorização do avulso pela Constituição Federal de 1988.

Esclareça-se que o *trabalhador avulso* que exerce sua atividade no porto também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração. Mas não tem vínculo empregatício. Sua atividade é exercida com a intermediação do seu sindicato, às vezes até mesmo com certa dose de direção do seu próprio órgão representativo, mas não é o sindicato que remunera o trabalho ou que se beneficia com os resultados, sendo-o as empresas para as quais o serviço portuário é realizado.

O sindicato não é mais o intermediário, e mais nada, do recrutamento do trabalho e da remuneração provinda de terceiros. Na atividade portuária, o sindicato não mais contrata a mão de obra, o que compete, agora, a um órgão criado por lei para esse fim e que não é órgão sindical. O avulso não portuário pela praxe é contratado por meio do seu sindicato. Desse modo, há dois tipos de trabalhador avulso: o portuário e o não portuário.

No Brasil, os direitos dos avulsos são fixados em leis especiais. A Constituição Federal (art. 7º, XXXIV) os equipara aos dos empregados.

§ 76. Contrato de previdência privada complementar

Sumário: 1. Tipos de previdência complementar. 2. Desvinculação do contrato de emprego. 3. Instituições legitimadas. 4. Portabilidade. 5. Natureza acessória. 6. Fatores de desequilíbrio. 7. Características. 8. Planos fechados. 9. Suporte legal. 10. Plano de previdência como regulamento da empresa. 11. Revisão do plano. 12. A questão sob o prisma do direito adquirido. 13. Competência jurisdicional.

1. Tipos de previdência complementar

O contrato de previdência complementar é um contrato complementar dentro do contrato de trabalho.

Ao contrário da previdência oficial, a previdência complementar é facultativa e destinada a somar, aos mínimos estabelecidos pela previdência social, acréscimos decorrentes dos planos a que o interessado filiar-se.

Dá-se o nome de *previdência complementar aberta* aos planos a que pode ter acesso toda pessoa interessada, por meio de pagamentos a que se *dispuser,* por contrato, e *previdência complementar fechada* ao plano instituído em uma empresa com acesso somente para o seu pessoal — e seus dependentes — que poderá aderir a esse plano.

Paralelamente aos sistemas de segurança social estatal surgiram iniciativas que têm recebido os mais variados nomes: *regimes comple-*

mentares de segurança social, regimes profissionais complementares, sistemas privados, planos de pensões, previdência privada complementar etc., no Brasil conhecidos por *complementações de aposentadorias* ou *previdência privada complementar.*

Trata-se de um tema extremamente atual a respeito do qual estão por surgir contribuições dogmáticas esclarecedoras dos seus mais diferentes aspectos e peculiaridades, o que dificulta a avaliação dos casos jurídicos, que se intensificam e são submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Coincidem com os sistemas oficiais num ponto: a condicionante atuarial como fator de variabilidade contributiva e prestacional. Num ponto essencial ambos os sistemas coincidem. Estão sujeitos a vicissitudes e fortemente impactados pela adequação nem sempre possível à conjuntura econômico-financeira, pois não conseguem manter a rigidez de conceitos jurídicos sob pena de entrarem definitivamente em um patamar decrescente de vitalidade, o que os leva a uma inevitável imperatividade de adaptação ao longo do tempo, diante da qual se põem como verdadeira inexigibilidade de outra conduta.

2. Desvinculação do contrato de emprego

Tendo em vista o disposto nos arts. 114 e 202, § 2º, da CF, este último na forma da EC n. 20/98, ao dispor que essas vantagens não integram o contrato individual de trabalho, a diretriz dessa norma é aplicável às empresas de previdência privada instituídas e mantidas por empregador?

Os contratos de trabalho e de previdência complementar são autônomos?

A EC n. 20/98 diz respeito às empresas que atuam no mercado aberto de previdência privada e não às fechadas, que são aquelas criadas pelo empregador para cuidar exclusivamente dos seus empregados?

A suplementação de aposentadoria decorre dos contratos de trabalho, ainda que não se considere formalmente tal benefício como integrante do contrato de trabalho?

Os benefícios assim concedidos têm a natureza jurídica de condições de trabalho e como tal são submetidos ao regime das obrigações contratuais trabalhistas e ao princípio da imodificabilidade dessas condições por aplicação da regra do art. 444 da CLT?

A Justiça do Trabalho é competente para julgar essas ações?

Não se tem aqui o propósito de resolver essas questões, mas, simplesmente, de fazer o levantamento jurídico do quadro, complexo, como se vê, e que exigirá, ainda, muita reflexão antes de uma tomada definitiva de posições.

A primeira observação que nos parece oportuna é a de que a previdência privada complementar, mesmo instituída por uma empresa, aproxima-se mais, pela sua natureza, ao setor sistemático-doutrinário da previdência social e menos do direito do trabalho e do contrato individual de trabalho, originária, que é, das mesmas ideias e fins que inspiraram a previdência social. A previdência privada complementar tem os mecanismos operacionais próprios da previdência social e surgiu em decorrência da insuficiência do Estado em cumprir a sua obrigação de proteger os direitos sociais, entre os quais se incluem a previdência social e a proteção aos desamparados (CF, art. 6º), organizada de forma a permitir o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (CF, art. 202).

Com efeito, não se questiona mais sobre a autonomia dogmática e legislativa da segurança social que está juridicamente separada e possui independência do direito do trabalho.

A concepção dualista, como se vê pelos ensinamentos de Cabanellas, marcou uma posição doutrinária para a qual direito do trabalho e segurança social — esta compreendendo a previdência e a assistência — não têm uma unidade doutrinal, apesar da íntima conexão e expansão que os caracteriza na história.

Os seus sujeitos são diferentes: no direito do trabalho, o empregador e o empregado, na segurança social, os benefícios e os beneficiários, alguns sem mesmo terem participado do processo de produção econômica, como os familiares do empregado, ressalvando, no entanto, o mesmo jurista, as propostas de unificação de todos os aspectos que o *fato trabalho* oferece, que levariam, numa acepção ampla, à ideia de direito social.

Às mesmas ideias aderiram juristas do porte de Krotoschin e Francisco de Ferrari, entre outros não citados por brevidade, de modo que o dualismo dos dois setores do ordenamento jurídico, da segurança social e do direito do trabalho, pode-se dizer, é questão atualmente incontroversa, não havendo como resolver questões da segurança social com base em regras do direito do trabalho e vice-versa.

Assim, direito do trabalho e direito de segurança social desvincularam-se e são ramos autônomos, apesar dos fluxos e reflexos que interagem entre ambos em razão da proximidade de algumas questões. Um, o direito do trabalho, cuida das relações coletivas e individuais de trabalho, outro, o direito de segurança social, trata de seguro social, de custeio do sistema, de benefícios e de beneficiários; aquele visa ao trabalhador em atividade, este ao trabalhador em inatividade.

O mesmo ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema previdenciário nacional é formado por três regimes:

a) o Regime Geral de Previdência Social;

b) os Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos; e

c) o Regime de Previdência Complementar.

Os dois primeiros são regimes de base, de caráter contributivo e de filiação obrigatória. O Geral é gerido pelo INSS, destinado a todos os trabalhadores, com exceção dos servidores de entes públicos que tenham regime próprio de previdência social.

O terceiro, da previdência complementar, tem recursos provenientes de cada trabalhador, são capitalizados e destinados à complementação de sua aposentadoria, é organizado de modo autônomo ao da previdência social e é de filiação facultativa.

A previdência complementar tem dois segmentos, o operado por entidades abertas, sociedades anônimas com fins lucrativos, geralmente seguradoras ou bancos que oferecem planos individuais ou coletivos, e o da previdência complementar fechada que abrange fundos de pensão, planos coletivos a partir do vínculo empregatício ou associativo, não visa a lucros, fundada nos laços entre membros de um mesmo grupo — empresas, setores econômicos ou grupos associativos.

As fontes legais da previdência complementar são próprias[1] e independentes das que regem o direito do trabalho.

3. Instituições legitimadas

Sindicatos, cooperativas, associações, órgãos de classe e outras entidades de caráter classista, profissional e setorial podem criar sua própria entidade de previdência complementar ou usar planos de benefícios em entidades já existentes. Serão, nesse caso, instituidores, podendo tanto constituir uma entidade fechada própria como aderir a um plano já existente.

Os planos poderão ser custeados exclusivamente pelo participante ou pelo empregador, sem assumir a condição de patrocinador do plano. Em muitos casos, isso se dá por iniciativa patronal como política de recursos humanos e cria uma relação jurídica direta com os seus participantes, sendo certo que contribuições patronais, nesse caso, não criam obrigações próprias da relação de patrocínio. Devem dispor sobre portabilidade, que é o direito que tem o participante de transferir os recursos do seu para outro plano, benefício proporcional diferido e regras a respeito de resgate.

O patrimônio do plano deve ser separado do patrimônio do instituidor e do patrimônio da entidade terceirizada responsável pela gestão dos recursos, política que tem o objetivo de garantir maior sustentação na gestão da poupança dos participantes.

4. Portabilidade

No caso da cessação do vínculo empregatício é assegurada a portabilidade, que é o direito de levar para outro plano que o empregado venha a aderir, em razão de novo emprego, os direitos do primeiro plano. O participante terá também a alternativa de optar pelo benefício proporcional diferido — BPD, que é o direito de interromper

1. Constituição Federal, art. 202; Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001; Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001.

as contribuições e receber benefício, em tempo futuro, de acordo com as condições previstas no regulamento do plano. Tem assegurado também o direito ao resgate, ou seja, pode se desligar do plano de benefícios antes da elegibilidade a qualquer benefício oferecido, e receber a restituição das contribuições que fez, descontadas as parcelas do custeio administrativo.

5. Natureza acessória

Impõe-se, embora o tema se restrinja ao contrato de previdência complementar em empresas, insistir numa breve digressão, e para que não reste dúvida sobre a autonomia do sistema de segurança social — o que é fundamental para a compreensão da lógica do sistema diferente da lógica do contrato de trabalho —, e, também, do sistema de previdência complementar que do mesmo é acessório, aclarar certos aspectos introdutórios que o tema apresenta, bem como os pontos de independência entre os setores do ordenamento jurídico.

Não se diverge mais, na atualidade, a respeito da autonomia do direito de segurança social diante do direito do trabalho, embora, na história, ambos possam ter apresentado origens comuns em determinadas áreas.

A independência entre os dois setores da ordem jurídica, o direito de segurança social e o direito do trabalho, deixa clara, desde logo, a inviabilidade de uma lógica comum a ambos, porque cada qual tem estruturas próprias, relações jurídicas específicas e objetivos diferentes, com o que não é válido raciocinar em termos de direito do trabalho quando se trata de enfrentar as complexas questões de segurança social.

A latitude da segurança social é maior e expressa um propósito fundamental de assegurar uma forma organizada de proteção dos cidadãos contra certos riscos da existência, em especial a sua garantia durante a inatividade, lastreando-se em diferentes mecanismos de política social e econômica, enquanto a legislação trabalhista atua sobre o indivíduo que trabalha sob a forma de emprego e outras, durante a vigência do contrato individual de trabalho, sendo, assim, um ramo da

ordem jurídica que se destina a dispensar certa proteção às pessoas em atividade e não em inatividade.

Os objetivos dos dois ordenamentos são, desse modo, diversos, e se fazem efetivar mediante mecanismos e procedimentos que não se confundem.

A segurança social compreende a previdência e a assistência social, geridas pelo Estado: a primeira, contributiva, no sentido de oferecer direitos para aqueles que pagam pelos direitos, que depois poderão pleitear; a segunda, não contributiva, porque procura alcançar a faixa da população de mais baixa renda ou de pobreza absoluta. Pelas contingências a que se expuseram, esses indivíduos fazem-se carecedores da tutela do Estado, que pode ser emergencial ou mesmo continuada — esta através dos programas assistenciais que têm os mais diferentes nomes, como, p. ex., bolsas. A segurança social é um *sistema previdenciário* e o direito do trabalho é um *setor não previdenciário* que rege as relações entre os sujeitos dos vínculos de trabalho e situações do utilizador dos serviços que o oneram com inúmeros encargos que pesam sobre a sua folha de salário.

O conceito de segurança social, envolto, ainda, em certa opacidade, exprime realidades sistêmicas de algum modo diferenciadas, mas pode ser compreendido como um *sistema público,* de enquadramento obrigatório, que tem como principal objetivo a proteção dos trabalhadores para compensação dos salários que deixam de auferir em situações de riscos que afetam as pessoas. O financiamento desse sistema público se dá mediante a atribuição de prestações pagas pelos trabalhadores, relacionadas ao salário que ganham em seus empregos, e de outras fontes, tendendo para a proteção universal, de todos os cidadãos, trabalhadores ou não, como meio de garantia da sua subsistência posterior à cessão dos ingressos provenientes das relações profissionais em seu período de atividade e nas eventuais paralisações dessas atividades.

É certo que o conceito de seguridade social tem como base a integração dos mecanismos, antes considerados isolados e paralelos, da assistência e previdência social. Amplia, para toda pessoa, a sua esfera de proteção. Unifica a gestão desse enorme plano tutelar para que a população, diante de contingências a que cada pessoa está exposta, possa ter proteção do sistema.

6. Fatores de desequilíbrio

O contrato de previdência complementar é de direito privado e oferece risco a ambas as partes, tanto à entidade previdenciária e ao seu patrocinador como ao participante. Os riscos não são diferentes daqueles com que vem se defrontando a previdência social. Inegável é a sua *vertente econômica*, tão bem mostrada, no direito de Portugal, por Ilídio das Neves (*v. Direito da segurança social, princípios fundamentais numa análise prospectiva,* Coimbra, Coimbra Ed., 1996). De fato, exprime-se nessa perspectiva, em uma dupla via, a necessidade de canalizar, de modo crescente, recursos financeiros, que em última instância provêm da economia do País, da qual resultam os meios necessários para que as empresas possam ativar-se e cumprir os seus contratos, inclusive os de trabalho, e seus compromissos, em especial os fiscais e previdenciários, sem o que não serão factíveis a quotizações sobre os salários e a sobreparte própria recolhida pelos empregadores.

De ordem econômica há, também, diversos outros aspectos, como a correlação entre as despesas da organização e o produto interno bruto do País. O sistema pode sofrer o impacto de um desequilíbrio capaz de comprometê-lo e afetar o pagamento de prestações, os efeitos da inflação e do desemprego, que podem, também, repercutir na eficácia geral da segurança social quanto à manutenção dos valores que são atribuídos às prestações asseguradas aos beneficiários. O desequilíbrio financeiro-econômico demonstra uma realidade: o sistema tem uma concepção dependente de estimativas atuariais das quais não pode fugir.

Pesam, ainda, outros fatores no equilíbrio do plano, um deles o demográfico — taxas de casamentos, de natalidade, índices de duração média de vida, mortalidade, índices migratórios etc. —, por si evidente, hoje crucial, e que exerce, com o envelhecimento da população, uma forte pressão em todas as sociedades, na Europa, nos Estados Unidos, na América do Sul e onde quer que haja um sistema organizado de segurança social. O alongamento da duração média de vida implica, na atualidade, importantes consequências sociais e financeiras, com reflexos jurídicos, pois afasta a rigidez das construções jurídicas fundadas nas figuras do direito do trabalho. Na segurança social, o envelhecimento da população pode desestabilizar o sistema; e, na se-

gurança complementar o envelhecimento da população pode acarretar a falência de algumas empresas e o desincentivo para que as empresas, de modo geral, tomem iniciativas — facultativas que são — para a sua implementação.

Daí o que se denomina, também no âmbito da segurança social, flexibilização dos modelos de repartição e de capitalização, para que passem a obedecer a uma matriz menos rígida e adaptada às diversidades do seu exercício num parâmetro atuarial incerto que se apresentam em todos os países. A esse fenômeno se dá o nome de *crise da previdência social*, cuja solução ainda carece de propostas que possam combinar adequadamente a proteção dos segurados e a viabilidade econômico-financeira dos sistemas.

A crise do sistema, de toda evidência nos últimos vinte anos, dispensa comprovação porque é pública e notória. Ela tem diversos fatores determinantes.

Cresceram, de modo acelerado e incompatível com a economia, as despesas sociais, tanto em termos absolutos como relativos, na perspectiva da captação de recursos e no referencial de comparação com o produto interno bruto de um país. Questionam-se, em decorrência, as técnicas de financiamento dos modelos, para evidenciar a inviabilidade de uma geração assumir os encargos do financiamento da geração que a antecedeu, dadas as disparidades situacionais, como o aumento do desemprego e o empobrecimento de extensas áreas habitadas do planeta, cuja população vive abaixo do nível da pobreza.

A falta ou o pequeno desenvolvimento econômico de alguns países, com efeitos sobre o mercado de trabalho, é outro fator que afeta diretamente o equilíbrio do sistema.

Defluem oscilações na capacidade produtiva das empresas, que, imersas numa arena competitiva, expõem-se a eventualidades que afetam suas importações e exportações. Essas oscilações comprometem as estimativas presumidamente consistentes a respeito das perspectivas de um processo produtivo crescente, que, na prática, não se mostra como tal por motivos exógenos.

Jovens que terminam o seu ciclo preparatório de estudo e qualificação profissional não conseguem entrar no mercado de trabalho e obter o primeiro emprego, apesar de incentivos do Estado. Sem a pos-

sibilidade de ganhos salariais, esses jovens não contribuem para as instituições previdenciárias, que estão na ponta inicial do sistema de quotizações que deveria financiar as aposentadorias das gerações que os antecederam.

Assim, apresentamos, em breves indicações, as razões que levam os sistemas de segurança social pública a defrontar-se com os seus desafios não superados, o que se mostra um dos maiores problemas socioeconômicos da atualidade, tendo como ponto central o desajustamento entre as taxas de contribuição, o valor das prestações asseguradas e os custos técnicos do sistema.

Não há dúvida de que a evolução da seguridade social, no nível das ideias, influiu na elaboração de um princípio. Ela tem como finalidade garantir proteção às pessoas que se encontram diante de contingências a que todos estão expostos e que se justificam em razão de um imperativo de tutela devida a toda pessoa pelo jugo social. Sua causa motivadora é a solidariedade como valor social. Sua ativação se dá em face das necessidades contingentes. Sua forma de conservação se dá por meio de um gigantesco sistema de captação compulsória de recursos administrados pelo Estado, destinados a cobrir os gastos do atendimento a essas pessoas.

Diante dessa clara diferença entre os dois quadros jurídicos, seria possível sustentar a unidade interpretativa das relações de previdência privada, como se fossem o próprio contrato de trabalho, e aplicar à previdência privada as leis que se destinam ao contrato de trabalho?

As dificuldades, tanto no sistema da previdência social como no sistema da previdência privada complementar, são basicamente as mesmas relatadas anteriormente, não faltando países que optaram pela redução de regimes legais de pensões oficiais — verdadeira renúncia à proposta previdenciária oficial inicial — e até mesmo à completa privatização, à moda chilena. São tentativas desesperadas de manter a proteção social, que competiria originária e constitucionalmente ao Estado. Basta ver, nesse particular, o Relatório do Banco Mundial, de 1994, sobre a crise do envelhecimento e a necessidade de adoção de políticas que, simultaneamente, protejam as pessoas idosas e promovam o crescimento econômico.

Se a crise da previdência social oficial resulta em grande parte da crise da própria economia, não há como deixar de ponderar que a

mesma situação e as mesmas dificuldades são suscetíveis de prejudicar os regimes de previdência privada complementar, qualquer que seja o modelo de previdência complementar instituído em um país.

7. Características

As características específicas da previdência complementar, que incluiu, insista-se, o que denominamos complementações de aposentadorias, revelam-se com base nos seguintes elementos:

— é sempre *complementar,* o que significa que a sua finalidade não é prover a subsistência daquele que se torna inativo, mas, tão somente, o que não deve sair da perspectiva do intérprete, apenas completá-lo, acrescer com algo que o Estado não foi capaz de garantir, de certo modo, para que possa recompor, na inatividade, a situação anterior;

— por ser complementar, *não é substitutiva* do sistema oficial, de modo que não pode ser cobrada como se tal fosse porque não é essa a sua característica, nem essa é a sua função, que consiste em apenas completar o que o sistema oficial deixa de fazer, embora haja, no Reino Unido, uma exceção: o *contracting out*, substitutivo do regime oficial;

— o *pluralismo* dos seus modelos pode abranger uma empresa, um grupo de empresas, uma profissão ou pessoas sem marca pessoal-profissional, o que se deve à sua natureza privada, que resulta da liberdade de formulações dos indivíduos que constituem os planos de previdência privada;

— pela mesma razão, a sua origem privada e de iniciativa não oficial, e a diversidade de modelos se mostra, também, quanto aos seus diferentes aspectos — o constitutivo, o estrutural e o gestionário — e revela-se, nesse particular, toda a sua complexidade;

— sendo privada, diferenciados são os seus métodos de gestão, incluindo a técnica da solidariedade que se concretiza, como mostra o já citado Neves, por meio de organismos ou instituições sem fins lucrativos que atuam, em regra, com a adequada participação dos interessados, como acontece com certos fundos das antigas caixas de previdência; quando de iniciativa de empresas, com o suporte de uma fundação ou uma associação mantenedora ou associações mutualistas,

utiliza-se tanto do método da repartição como da capitalização, a critério dos instituidores;

— outro método de gestão é o do *seguro*, do qual são exemplos as companhias de seguros que empregam o antigo seguro comercial com adaptações para pôr em prática suportes de planos de saúde e planos de pensões;

— outro método, que Neves chama de técnica financeira, tem como exemplos, apresentados pelo referido autor, os fundos de pensões ou planos de poupança-aposentadoria, em sistema de mecanismos de reprodução financeira dos fundos em que se apoiam os planos, de prestações definidas ou de contribuições definidas, organizados pelas empresas e pelos próprios interessados ou contratados com instituições que se encarregam da gestão do plano;

— em decorrência, há modelos nos quais as empresas criam e mantêm uma instituição, que se encarregará da gestão do plano, geralmente autônoma e inconfundível com a empresa criadora, por se tratar de uma pessoa jurídica autônoma e que tem direção paritária ou não; no primeiro caso, com a participação dos próprios beneficiários, que a dirigem; em outros casos, sem essa participação e apenas com dirigentes designados pela empresa;

— os sistemas de empresas são denominados fechados para expressar que somente os trabalhadores de determinada empresa podem participar de seu sistema, ao contrário dos sistemas abertos, que são aqueles dos quais podem tomar parte pessoas que não são vinculadas a uma só empresa ou que apresentam uma mesma característica marcante;

— subsistemas, dos planos de empresas, são, quanto à forma jurídica de instrumentalização, também diferentes, porque há planos que têm como norma ou como ato constitutivo um *contrato coletivo de trabalho negociado com o sindicato*; há planos que têm por base normativa apenas o *regulamento interno da empresa* ou, nesta, o regulamento específico elaborado para/pela instituição gerenciadora do sistema; e, como se vê, há modelos dos quais responsável não é apenas a instituição gerenciadora, mas, também, sindicatos que participam da sua administração;

— a exposição dos planos, por serem financiados pela empresa, às vicissitudes que acontecem no processo produtivo, como as oscilações do mercado, do próprio processo produtivo, das políticas econômicas de Governo, e, até mesmo de fatores naturais, o que põe em relevo os problemas de adequação econômico-social de um sistema com enquadramento mais estritamente atuarial do seu regime financeiro, apesar do seu âmbito circunscrito mas nem sempre controlável;

— a consequente dificuldade de dar respostas adequadas em todas as situações nas quais ocorram riscos, quer por motivos de fundos, relacionados com a própria atividade econômica empresarial desenvolvida, quer pela concorrência, quer pela variação dos seus resultados econômicos, aspectos que não podem ser afastados da análise jurídica, porque da sua correta interpretação pode depender a sorte de um plano privado complementar.

Para que esses modelos privados, em qualquer das suas versões, possam ser genuínos e autenticamente privados, a prudência indica que, funcionalmente, devem ter a liberdade de adaptações às características do universo socioeconômico e profissional subjacente.

A inclusão da seguridade social em um só ramo do direito é prova suficiente da sua autonomia, que resulta de instituições próprias, legislação também especial, princípios claros, inconfundíveis com os princípios do direito do trabalho, o que veio a ser confirmado pela nossa lei. Isso basta para deixar clara a lógica interpretativa diferente que ambos os setores do Direito devem ter. Nesse sentido é possível falar em *deslaboralização* da seguridade social. Não só o trabalhador, mas toda pessoa deve ser amparada. É esse o sentido de *universalização*. A seguridade social é, também, matéria de direito administrativo, por se tratar de atividade do Estado, órgão gestor dos recursos financeiros. Também interessa ao direito constitucional, no qual encontra as suas bases. O vínculo de emprego é contratual.

A previdência complementar brasileira se divide em dois segmentos. O primeiro é operado pelas entidades abertas, sociedades anônimas com fins lucrativos, geralmente seguradoras ou bancos que oferecem tanto planos individuais como coletivos, e o segundo, o da previdência complementar fechada, abrange os fundos de pensão, que oferecem

exclusivamente planos coletivos acessíveis a partir do vínculo empregatício ou associativo, cuja atuação não visa a lucros.

8. Planos fechados

A participação no plano previdenciário do instituidor é uma decisão individual de cada associado, não uma obrigação para todos.

Destaquem-se, também, os seguintes aspectos sobre os sistemas fechados de previdência complementar:

— não se confundem com os sistemas abertos de previdência complementar porque são limitados a participantes empregados e ex-empregados aposentados de determinada empresa;

— diferem do sistema de previdência oficial do INSS, que é geral e obrigatório, enquanto os sistemas de previdência privada são facultativos, não existindo imposição legal para que uma empresa os institua;

— as entidades de previdência privada serão organizadas como sociedades anônimas, quando tiverem fins lucrativos, ou como sociedades civis ou fundações, quando não tiverem fins lucrativos;

— são fiscalizados pela Secretaria de Previdência Complementar — SPC;

— preveem um plano de benefícios e regras gerais para o cálculo dos seus valores e das expectativas atuariais;

— podem ter a forma de complementação de aposentadoria, estabelecendo condições para a obtenção dos benefícios;

— por força do disposto na Emenda Constitucional n. 20, de 1998, art. 202, § 2º, as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes;

— tradicionalmente, os fundos de pensão no Brasil, operados pelas entidades fechadas de previdência complementar, juridicamente sem fins lucrativos, são criados a partir do vínculo entre empresas e trabalhadores;

— podem ser criados planos de previdência por sindicatos e entidades de profissionais liberais, aproveitando-se da identidade de grupo existente entre os associados de sindicatos e entidades classistas e setoriais;

— os planos serão constituídos na modalidade de contribuição definida;

— o sindicato ou entidade de classe, denominado "instituidor", tanto poderá constituir uma entidade fechada de previdência complementar própria, sem finalidade lucrativa, como poderá, por meio de convênio de adesão, instituir um plano junto a uma entidade fechada de previdência que já esteja em funcionamento;

— os planos de previdência criados pelos instituidores tanto poderão ser custeados exclusivamente pelo participante como poderão receber contribuições previdenciárias do empregador, sem que este assuma, porém, a condição de "patrocinador" do plano, e nas duas situações haverá mais liberdade para as partes contratantes; na segunda hipótese, as contribuições do empregador poderão ser eventuais, periódicas ou regulares, o que ficará convencionado por meio de contrato civil específico, dando aos fundos de pensão maior flexibilidade e dinamismo.

9. Suporte legal

A Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências, prevê, entre outras, as seguintes regras:

— Art. 14, § 1º Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador;

— Art. 16, § 1º Para os efeitos dessa Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o *caput* os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores;

— Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de

sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano, é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria;

— Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes;

— Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

— § 1º Sobre as contribuições de que trata o *caput* não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

— § 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

O contrato de previdência privada estabelecido por meio de regras que a empresa instituidora como tal estabelece e depois são transferidas para a entidade de previdência privada, criada e mantida por ela, tem a natureza jurídica de regulamento de empresa?

Caso a resposta tenha como ponto de partida a natureza jurídica das regras, que são inequivocamente previdenciárias, e não a fonte formal de onde emanaram e que depois passaram a ser adotadas pela entidade fechada gestora do plano, parece-nos que, diante dos aspectos substanciais do conteúdo dessas normas, elas não devem ser apreciadas como regulamento interno para fins do contrato individual de trabalho, mas para efeitos exclusivos dos objetivos a que se destinam, ingressando na esfera do direito de previdência complementar e submetidas às suas disposições.

10. Plano de previdência como regulamento da empresa

Se essas normas forem consideradas regulamento de empresa de fins contratuais trabalhistas, a diretriz a ser observada seria a da STST n. 51:

"I — As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II — Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro".

À jurisprudência sumulada do TST alinham-se diversas questões[2].

Os dispositivos regulamentares internos de uma instituição de previdência privada, autônoma da empresa que a instituiu, não são cláusulas do contrato individual de trabalho nem se caracterizam como condições de trabalho porque são totalmente independentes e inconfundíveis com as disposições que regem as situações de emprego.

Se há algum tipo de dependência à sistemática legal, seria do contrato de previdência complementar à dogmática e às leis que dispõem sobre previdência privada oficial, porque a complementariedade, no caso, não é do contrato de trabalho, mas dos benefícios concedidos pelo sistema oficial de segurança social, daí a inconsistência jurídica

---

2. Como regulamento de empresa, aplicam-se-lhes as disposições da STST n. 51 segundo as quais as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento e, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. A STST n. 97 dispõe que instituída complementação de aposentadoria por ato da empresa, expressamente dependente de regulamentação, as condições desta devem ser observadas como parte integrante da norma. A STST n. 288 declara que a complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito. A STST n. 311 dispõe que o cálculo da correção monetária incidente sobre débitos relativos a benefícios previdenciários devidos a dependentes de ex-empregado pelo empregador, ou por entidade de previdência privada a ele vinculada, é o previsto na Lei n. 6.899, de 8-4-1981. A STST n. 327 declara que se tratando de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio.

da tentativa de solucionar as questões que possam surgir, à luz de textos legais que não foram feitos para reger relações de inativos com as instituições fechadas de previdência complementar.

Destaque-se, da EC n. 20, o art. 202, § 2º:

"§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei".

Por sua vez, a Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, dispõe:

"Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes".

Segue-se, da autonomia entre os dois tipos de relações jurídicas, a relação de emprego e a relação de previdência privada complementar. É difícil a aplicação do art. 468 da CLT — que considera nula a alteração do contrato de trabalho quando não resultar de consentimento do empregado e, mesmo assim, desde que não o prejudique — diante do disposto na Emenda Constitucional n. 20, de 1998, art. 202, § 2º, segundo o qual as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes.

11. Revisão do plano

O tratamento dispensado aos planos internos de empresas não é o mesmo fixado pelas leis que regem o regime geral de previdência complementar dos planos abertos; note-se, em especial, que a inclusão do empregado ao plano privado dá-se por adesão, o que mostra a natureza contratual do instituto.

Logo, julgar questões dessa natureza com base no art. 468 da CLT é de difícil aceitação, porque se o contrato de previdência privada

complementar é autônomo e não se insere no contrato individual de trabalho, as regras deste são destinadas a disciplinar condições de trabalho no vínculo entre empregado e empregador, e não situações que venham a ocorrer numa relação jurídica independente e inconfundível, na qual não há que falar, sob o risco de impropriedade, em condições de trabalho.

Na relação jurídica de previdência complementar, e esta é outra consequência, não só não há condições de trabalho, como, também, pagamento de salários. O que é pago a título de complementação de aposentadoria sob o aspecto do sujeito-pagador, no contrato de trabalho é o empregador e no contrato de previdência complementar não é o empregador, mas a instituição que gere o plano. Sob a perspectiva de quem recebe, no contrato de trabalho é o empregado e no contrato de previdência complementar privada é o beneficiado-segurado.

Logo, não há como confundir benefícios previdenciários com salários, que não têm o mesmo fundamento legal.

É a conclusão a que se chega considerando, também, a CLT, art. 458, que declara:

"§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

VI — previdência privada".

Assim, fica demonstrado que o contrato de previdência privada tem a sua lógica própria e a sua legislação específica afastada, por lei, do modelo do contrato individual de trabalho.

Os riscos de desajustes econômico-financeiros nos sistemas de previdência privada complementar, como foi dito, não diferem daqueles a que se expõe o sistema oficial.

12. A questão sob o prisma do direito adquirido

Vem, nesse ponto, à discussão, o tema do direito adquirido.

Tem sido flexibilizado pela previdência oficial, como nos casos da introdução do fator previdenciário destinado a postergar requerimentos de aposentadorias e ampliar a base de cálculo do benefício, e

na conhecida questão da contribuição dos aposentados julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

A decisão do STF sobre contribuições supervenientes à aposentadoria e que os aposentados passaram a pagar é a seguinte:

"Ementas: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n. 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC n. 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC n. 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195,

caput, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC n. 41/2003, art. 4º, parágrafo único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constante do art. 4º, parágrafo único, I e II, da EC n. 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, c/c o art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constantes do parágrafo único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda" (STF, ADIn 3.105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18-8-2004, *DJ*, 18-2-2005, p. 4).

O mesmo princípio que fundamentou a decisão para o setor público deve valer para a previdência privada complementar, expostos que estão, ambos os sistemas, à *obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial.*

Esse não é o princípio seguido pela STST n. 288, que estabeleceu, inicialmente, a seguinte diretriz:

"A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito".

Posteriormente, tendo em vista a incidência de questões de coexistência na empresa de mais de um plano, o mesmo Tribunal, por meio

da Subseção I de dissídios individuais, definiu-se, pela Orientação Jurisprudencial n. 163, assim:

"Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro".

Portanto, o Tribunal deu validade à opção do empregado por um novo Regulamento, concluiu que a opção implica a renúncia ao plano anterior e entendeu que, assim ocorrendo, não há violação ao art. 468 da CLT, que proíbe alterações do contrato de trabalho quando prejudiciais ao empregado, e, igualmente, que não há, no caso, desrespeito a direitos adquiridos porque é inaplicável, na hipótese, o inciso I da Súmula n. 51, do TST, segundo o qual as alterações regulamentares internas da empresa valem só para os empregados admitidos após a alteração.

O participante tem direito adquirido a futuramente obter as vantagens prometidas num plano de previdência privada na empresa, existente à época da sua admissão no emprego? Pode a instituição de previdência alterar o plano e reduzir vantagens para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do sistema? Ou o participante tem mera expectativa de direito se ainda não se aposentou?

Luis Carlos Cazetta, especialista em previdência complementar, é categórico[3].

Ele ensina:

"O contrato de previdência privada fechada, embora traduza pacto, ainda que indireto, entre o empregador e o empregado, constituído por resultado reflexo da relação jurídica por eles estabelecida com a entidade de previdência, se estrutura no exercício das vontades autônomas de caráter privado, não trabalhista, de outorgar (no caso de patrocinador) e de aderir (no do participante) a regime jurídico estabelecido para a atribuição de benefícios de caráter previdenciário, por meio da constituição de nova relação jurídica, não complementar nem dependente do contrato de trabalho. Esse fenômeno jurídico (a manifestação de vontade para a constituição do vínculo a que corresponde

3. Luis Carlos Cazetta, *Previdência privada*, Porto Alegre, Fabris, 2006.

a relação jurídica de previdência complementar) ocorre tanto para a instituição e a filiação a planos de previdência quanto à sua manutenção: são facultativas a instituição e a manutenção de planos pelo empregador, na qualidade de patrocinador, e a adesão e permanência na entidade por parte do empregado como participante. Exatamente por isso, tal como concebida (e disciplinada) na lei, a relação de patrocínio jamais constitui em favor do empregado direito adquirido à conservação (manutenção) do regime jurídico a que corresponde o patrocínio de plano previdenciário de caráter complementar".

O mesmo autor explica:

"Constituída de forma autônoma em relação ao contrato de trabalho e ao regime geral de previdência social, a relação jurídica que se estabelece no âmbito de entidades fechadas de previdência complementar tem natureza contratual, de direito privado, e compreende três sujeitos de obrigações e direitos: (i) o *patrocinador*, pessoa jurídica que instituiu (ou adere) o plano de previdência destinado a suplementar os benefícios do regime geral de previdência social, (ii) a *entidade de previdência*, pessoa jurídica à qual se atribui a operação de planos de previdência baseados no regime da prévia constituição de reservas, e (iii) o *participante*, pessoa física que, aderindo a regime previamente estabelecido, assume, com o concurso do patrocinador, obrigações relativas à formação das reservas necessárias à oportuna aquisição de direito ao gozo de benefícios previdenciários a serem financeiramente apurados no momento da implementação das condições definidas para a sua fruição".

E ele conclui:

"Entendem os participantes, muitas vezes apoiados por decisões judiciais manifestamente equivocadas, que a elevação ou a exigência de contribuições para cobertura de déficits feriria o ato jurídico perfeito formalizado entre as partes, cuja intangibilidade alcançaria até mesmo a estabilização dos níveis de contribuição praticados no momento da adesão. Essa leitura não parece correta. O contrato de previdência privada fechada não atribui direito a benefícios de caráter previdenciário independentemente da formação das correspondentes reservas, nem traduz ajuste imutável quanto aos elementos de custeio dos referidos benefícios".

Essas ponderações não devem ser ignoradas e merecem reflexão.

A teoria do direito adquirido e da expectativa de Direito de Savigny, para as relações jurídicas que se prolongam no tempo, mostra-se inadequada.

É que, como corretamente ensina Inocêncio Galvão Telles, essa teoria suscita dúvidas sobre que é direito adquirido e em que se distingue de mera expectativa, nunca tendo se posto de acordo a teoria, nem a jurisprudência, a respeito desse ponto, porque não é fácil, no caso concreto, saber se estamos perante uma situação ou outra, dificuldade que é, por si só, óbice à aceitação da teoria.

Mas a teoria não é de se aceitar, diz o mesmo autor, por outras razões:

"É que as exigências da vida jurídica mostram inequivocamente que nem todos os direitos subjetivos se podem manter indefinidamente submetidos à regulamentação do Direito em vigor à data em que se constituíram".

E ele acrescenta:

"Se assim fora, o estatuto vigente da propriedade, pelo menos da propriedade sobre a terra, seria quase exclusivamente (ou em grande parte) dos tempos mais remotos, dos tempos romanos ou mesmo lusitanos. Bem se compreende que isso não possa ser".

Com efeito, é uma teoria bastante simplista na sua lógica porque dá à lei antiga uma sobrevida excessiva que contraria o bom senso, não podendo ser levada às suas últimas consequências. É o que o STF, no julgamento acima citado, fez.

Outras teorias a substituíram, como a *teoria das situações jurídicas objetivas e subjetivas* de Duguit, que considera o conceito de direito subjetivo uma inutilidade metafísica substituindo-a pelo conceito de situações jurídicas subjetivas que são as resultantes de manifestações de vontade dos indivíduos, e objetivas que são os poderes atribuídos pela lei a certas pessoas, a *teoria do fato passado* que distingue entre os fatos extintos, pendentes e futuros, e a *teoria das situações jurídicas de execução duradoura e situações jurídicas de execução instantânea, portanto,* aquelas que se esgotam num dado momento e aquelas cuja execução opera-se continuada ou periodicamente.

A relação jurídica de previdência complementar privada sujeita-se, com o curso do tempo, por mais cuidadoso que seja o cálculo atuarial, a desequilíbrios financeiros que o tempo pode trazer, como ocorre também com a previdência social, e que só podem ser resolvidos de dois modos: mediante ajustes no regime de custeio a cargo dos participantes e do patrocinador ou a alteração qualitativa ou quantitativa dos benefícios.

Tal se dá porque as entidades de previdência são entes de afetação financeira, organismos sem fins lucrativos, o que é ínsito aos sistemas de previdência, com o que o próprio regime contribui para o reequilíbrio do plano quando as expectativas de reserva se mostrarem insuficientes para o pagamento dos benefícios contratados. Com a adesão, o participante assume, também, a responsabilidade eventual de custear déficits. E se o regulamento prevê essa possibilidade, mais clara fica, ainda, essa consequência do desequilíbrio financeiro do plano, aspectos que influem na interpretação dos contratos de previdência, que não se sujeitam, por esses motivos ao princípio do *favor laboratoris* do direito do trabalho por não haver dependência entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência privada.

A adaptação financeira do plano é um imperativo que configura um elemento essencial da sua própria natureza, o que não quer dizer que o participante tenha que ser a parte desamparada, pois não é essa a devida colocação, mas sim o que resta ao participante no caso de não se conformar com os ajustes financeiros do plano a que aderiu.

É claro que o desequilíbrio financeiro tem que ser exaustivamente provado em caso de conflito, que o parecer técnico atuarial serve de prova, e que ao participante é assegurado resilir o contrato.

Não é razoável prevalecer a tese do comprometimento das fontes de custeio para preservar vantagens de alguns em detrimento de todos por comportar uma lógica que prospecta efeitos sociais que podem ser desastrosos, sendo coerente com o princípio da razoabilidade (Recaséns Siches) o raciocínio segundo o qual melhor é preservar o plano para todos ainda que em detrimento de alguns.

Ainda que se enquadre, o que não nos parece exato, o contrato de previdência privada com o contrato de trabalho, neste, situações imprevisíveis autorizam a alteração unilateral de condições de trabalho

com base no princípio do *jus variandi*. O Juiz terá condições para avaliar os casos concretos. Sempre estará subordinado aos pressupostos autorizantes fundamentais: a alteração radical das condições em que o contrato foi iniciado ou está se desenvolvendo, a superveniência de circunstâncias imprevistas e de força maior, fatos imprevisíveis e inafastáveis ou, sob o prisma econômico-atuarial, insuportáveis.

13. Competência jurisdicional

A competência da Justiça do Trabalho para julgar ações sobre contratos de previdência complementar tem sido admitida pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal com base na premissa da origem contratual trabalhista da previdência privada, mas sem considerar a independência entre os dois tipos de situações.

A EC n. 45, alterando a redação do art. 114 da Constituição Federal, atribui competência à Justiça do Trabalho para julgar relações de trabalho. A relação de previdência privada entre beneficiado e instituição seguradora não é um contrato de trabalho porque a lei constitucional assim dispõe.

Por outro lado, para conhecer outras controvérsias decorrentes das relações de trabalho, e não a relação de trabalho *per se,* necessária é, por força da EC n. 45, autorização da lei. No caso, a previsão legal não existe.

Tudo depende das premissas a serem admitidas, e se forem as da EC n. 20 e da Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, ao declarar que "as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes", é outro ponto que merece reexame. O art. 114 da Constituição Federal ao atribuir competência à Justiça do Trabalho para julgar relações de trabalho, refere-se a esta em si e aos direitos e obrigações recíprocos entre os seus sujeitos. Para decidir controvérsias resultantes do contrato de trabalho, e a rigor não é o caso, a EC n. 45 condicionou o exercício jurisdicional à autorização da lei que no caso não existe.

§ 77. Contrato associativo das cooperativas

Sumário: 1. Natureza jurídica das cooperativas. 2. Cooperativas de trabalho. 3. Cooperativismo. 4. Estrutura legal da cooperativa. 5. Vínculo entre cooperativa e cooperado. 6. O problema da fraude.

1. Natureza jurídica das cooperativas

Cooperativa é uma sociedade prevista pelo Código Civil (arts. 1.093 a 1.096) e por legislação especial. Tem peculiaridades. Não é uma sociedade lucrativa. Dispensa o capital social.

As quotas de cada cooperado são intransferíveis a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança. O *quorum* para as assembleias é fundado no número dos presentes à reunião. Os cooperados são sócios.

Há diversos tipos de cooperativas: de crédito, de produção, de consumo e, o que interessa no nosso caso, de trabalho, que têm por finalidade o fornecimento de mão de obra para empresas.

A Constituição brasileira, no art. 174, § 2º, estimula o cooperativismo. A Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, define a Política Nacional de Cooperativismo, e, no art. 90, dispõe: "Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados", diretriz reproduzida pela CLT, art. 442, parágrafo único, que dispõe que qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo de emprego entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

2. Cooperativas de trabalho

Os movimentos cooperativos, originários da França, são decorrentes da reação dos trabalhadores à Revolução Industrial. No Brasil, as cooperativas nasceram atreladas ao movimento sindical, consolidando-se como instituto autônomo com a promulgação do Decreto-lei n. 22.232, de 19 de dezembro de 1932.

A Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, define sociedade cooperativa como aquela que se utiliza da cooperação de todos para atingir seu fim. Caracteriza-se, fundamentalmente, pela cooperação, com o objetivo de trazer para os cooperados as vantagens que terceiros obteriam se os interessados não "cooperassem entre si". De acordo com o Decreto n. 60.597, de 19 de abril de 1967, as cooperativas têm natureza de sociedade de pessoas, possuem forma jurídica própria e são regidas pelo direito civil.

A cooperativa não tem objetivos lucrativos; seu objeto social é a prestação de serviços ou o exercício de outras atividades dirigidas ao favorecimento dos associados. Cabe salientar que a cooperativa não é sujeita à falência, pois submete-se à liquidação extrajudicial. A adesão às cooperativas é voluntária, e o número de seus associados, ilimitado. Constitui-se por escritura pública ou privada, consistente na ata da assembleia geral dos fundadores. A administração das sociedades cooperativas cabe à assembleia geral, composta da totalidade dos associados, e à diretoria ou ao conselho de administração, compostos, também, só por associados. É facultada, por estatuto, a criação de outros órgãos coletivos. São características das cooperativas: número mínimo de vinte associados; capital variável, representado por cotas-partes para cada associado, inacessível a terceiros estranhos à sociedade; limitação do número de cotas-partes para cada associado; singularidade do voto; *quorum* para as assembleias baseado no número de cotas e não no capital; retorno das sobras líquidas do exercício proporcionalmente ao trabalho realizado por associado; prestação de assistência ao associado; e fornecimento de serviços a terceiros atendendo a seus objetivos sociais.

A discussão sobre cooperativas de trabalho ganhou dimensão em razão das práticas abusivas. A experiência foi desastrosa no meio rural

com a criação de cooperativas formais, na prática inexistentes, para fraudar a legislação trabalhista.

Essa situação levou a Justiça do Trabalho a distinguir situações para coibir a fraude, com base no art. 9º da CLT, segundo o qual é nulo todo ato destinado a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da lei trabalhista. Desse modo, se a empresa para a qual os serviços da cooperativa são fornecidos exercer subordinação direta dos seus chefes sobre os cooperados, a Justiça do Trabalho, acionada pelos interessados, poderá declarar relação de emprego direta com a tomadora dos serviços.

Ressalve-se que há cooperativas de trabalho que prestam serviços à população. São autênticas e não foram criadas para burlar a lei trabalhista. As cooperativas são uma forma de organização do trabalho que pode contribuir para a absorção dos excluídos do mercado de trabalho. O que se combate não são as cooperativas, mas a precarização do trabalho por algumas delas. Não deixam de ser uma forma de terceirização, de descentralização das atividades da empresa, mas não são ilegais.

As cooperativas de trabalho encontram-se regulamentadas por vários institutos: Constituição Federal (art. 174, § 2º); Código Civil (art. 1.094); CLT (art. 442, parágrafo único); Lei n. 5.764/71 e outras normas previdenciárias e tributárias.

A discussão sobre cooperativas de trabalho ganhou dimensão em razão das práticas abusivas. Delas nos dá notícia o Ministério Público do Trabalho, pela Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Em estudo sobre o tema, o Procurador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca diz:

"A experiência foi desastrosa no meio rural, tanto que os próprios trabalhadores, expressando a gravidade do fato, apelidaram as cooperativas a que foram submetidos de *gatoperativas*. Conforme foi apurado em dezenas de Inquéritos Civis Públicos, fartamente instruídos pelo Ministério Público do Trabalho e pela ação eficaz do Ministério do Trabalho, os antigos 'gatos' formaram as cooperativas em questão, impondo aos trabalhadores rurais a filiação nas sociedades formalmente constituídas. A organização do trabalho, contudo, em nada se alterou. Os trabalhadores continuam subordinados ao *turmeiro*, que, por sua vez, recebe ordens do encarregado da fazenda, o qual atende o desti-

natário final do trabalho. A cooperativa em foco, como se vê, inexiste, pois o processo de trabalho é hierarquizado, fato que inviabiliza a *affectio societatis*, que deve ser a nota dominante do verdadeiro trabalho cooperado. A existência de subordinação jurídica entre os cooperados e os *tomadores* evidencia, por si só, o fracasso da inovação pretendida".

A Lei n. 8.949, de 1994, que acrescentou um parágrafo ao art. 442 da CLT, veio trazer novo impacto à questão. Ao declarar que, "qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela", desencadeou uma onda de terceirizações de atividades, antes centralizadas na empresa, que passaram a ser executadas sob a forma de cooperativas de trabalho, tanto no meio urbano como no rural, em muitos casos sem os cuidados necessários exigidos pelas leis trabalhistas sobre relações de emprego.

O quadro que se formou, bastante conhecido, dispensa maiores considerações, e o que agora cabe fazer é discutir as perspectivas existentes para a solução dos problemas com que nos defrontamos.

As principais propostas em debate são três. Não se excluem: 1) a revogação do parágrafo único do art. 442 da CLT; 2) a intermediação do sindicato na contratação do avulso não portuário; 3) a elaboração de lei especial sobre a matéria.

Passamos a examiná-las.

A revogação do parágrafo único do art. 442 da CLT desestimularia as iniciativas que o têm como fonte de inspiração. Esse dispositivo legal foi bem-intencionado. Seu propósito foi dotar nosso ordenamento jurídico de instrumentos capazes de promover o desenvolvimento econômico no meio rural, com a adoção de meios que foram eficazes em outros países, como a Itália. O cooperativismo, nesses países, tem promovido o desenvolvimento econômico sem violentar a legislação trabalhista, fundado na ideia da cooperação e da eliminação do intermediário entre o produtor e o consumidor, com o que cumpre elevados objetivos, inclusive como forma válida de organização do trabalho. A Constituição brasileira, no art. 174, § 2º, estimula o cooperativismo, no que andou bem.

Não é a cooperativa um mal, mas a forma como, por alguns, é usada, quando há fraude, astúcia ou burla à legislação trabalhista. É um erro pensar que o parágrafo único do art. 442 é uma carta em branco para o empregador. Não é. A cooperativa de trabalho não é uma alternativa formal para o contrato individual de trabalho.

A revogação desse parágrafo seria uma solução?

Teria um efeito psicológico. Duvidamos, no entanto, que resolveria os problemas jurídicos. Outros dispositivos legais teriam de ser revogados, e não apenas esse.

A Lei n. 5.764/71, no art. 86, autoriza o fornecimento de serviços pela cooperativa a não associados. Logo, a revogação não excluiria do nosso ordenamento jurídico as cooperativas de trabalho. Logo, se o objetivo da revogação é fazê-las ilegais, não seria alcançado, porque as cooperativas de trabalho continuariam a ter amparo legal no art. 86 da Lei das Cooperativas.

O fato de alguém ser cooperado nunca excluiu a caracterização da relação de emprego, por força do disposto na CLT, art. 3º, que tipifica a figura do empregado. Ser empregado é uma situação de fato que produz efeitos jurídicos. Depende do modo como o trabalho de alguém é prestado. O contrato individual de trabalho é um *contrato-realidade*. Basta haver subordinação, continuidade, pessoalidade e retribuição do trabalho para atrair o vínculo para o âmbito do emprego. Desse modo, a revogação do parágrafo poderá trazer um impacto psicológico, mas não terá o condão de promover alterações substanciais no quadro jurídico da questão.

A intermediação do sindicato na contratação do avulso, não portuário, urbano ou rural, pode transformar o sindicato num grande empreendedor da intermediação da mão de obra, desviando-o dos seus principais fins. A experiência portuária não trouxe bons resultados. Os sindicatos monopolizaram a mão de obra do avulso portuário e a lei criou o órgão gestor, confiando-lhe atribuições, antes desempenhadas pelo sindicato, no recrutamento da mão de obra.

A solução está, sem prejuízo das demais, na elaboração de lei especial sobre cooperativas de trabalho, atenta aos problemas que surgiram, criativa em apontar regras para proteção do trabalhador,

inovadora e corajosa, rompendo com os esquemas tradicionais para descrever em que casos a cooperativa de trabalho estará desvirtuando a aplicação da lei trabalhista, e preservando as cooperativas de trabalho que prestam serviços eficientes à sociedade, como tantas que existem, em diversas atividades, e que continuarão amparadas pela legislação, com ou sem a revogação do parágrafo único do art. 442 da CLT.

3. Cooperativismo

O cooperativismo é um sistema que permite afastar a intermediação e o lucro, e como tal enquadra-se entre os mecanismos modernos que podem contribuir para a construção de um modelo eficiente de relações econômico-sociais.

A Constituição Federal incluiu o cooperativismo entre os princípios gerais da atividade econômica ao declarar que "a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo" (CF, art. 174, § 2º), promovendo uma política nacional de cooperativismo (Lei n. 5.764, de 1971) e a criação e funcionamento de cooperativas sociais (Lei n. 9.867, de 1999). Quanto ao Código Civil de 2002, há previsão acerca das sociedades cooperativas nos arts. 1.093 a 1.096.

4. Estrutura legal da cooperativa

A cooperativa deve ser constituída de acordo com as regras legais previstas na vigência do Código Civil acima citadas. Portanto, não há que se falar em cooperativa sem a observância dessas características, inclusive os seus órgãos internos, administração, capital social, concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração, limitação do valor da soma de quotas do capital que cada sócio poderá tomar, intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança, *quorum* para a assembleia geral funcionar e deliberar, direito de cada sócio a um só voto na assembleia, distribuição dos resultados proporcionalmente ao valor das operações efetuadas e indivisibilidade do fundo de reserva, além de outras exigências previstas em legislação própria.

5. Vínculo entre cooperativa e cooperado

Entre a cooperativa e seus associados não há relações de emprego, porque o que há é o vínculo de cooperados que são um tipo de associados de uma entidade associativa, na qual se agrupam para a consecução de objetivos de produção, de consumo, de crédito, de distribuição etc.

Ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho foi incluído um parágrafo (Lei n. 8.949/94) para declarar a inexistência de vínculo de emprego entre as cooperativas e seus associados e entre estes e os tomadores de serviços daquelas. O *caput* do art. 442 da CLT, que foi mantido, tem a seguinte redação: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". O parágrafo único que foi introduzido ao referido dispositivo legal tem o seguinte teor: "Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela".

A primeira parte do parágrafo em questão reproduz diretriz que já vinha sendo observada no sentido de inexistir relação de emprego entre os associados de cooperativa e esta, exatamente em decorrência da condição de associado, de modo que nesse ponto nada foi alterado. Inovação há na parte final, quando dispõe que não se configura vínculo de emprego entre associado da cooperativa e empresa tomadora de serviços da mesma, e o dispositivo é claro, não deixando margem a dúvidas de interpretação.

Divergências, no entanto, poderão ainda subsistir em face do disposto na CLT, art. 9º, que considera nulos os atos destinados a fraudar, desvirtuar ou impedir a aplicação da lei trabalhista, de modo que, apesar da exclusão agora introduzida em nosso ordenamento jurídico, certamente persistirão casos nos quais surgirá a discussão sobre a subordinação**.**

6. O problema da fraude

Deixando de lado as questões técnicas e cuidando da análise do preceito instituído pela Lei n. 8.949/94, conclui-se que este constitui, sem sombra de dúvida, uma forma de terceirização e flexibilização das

relações de trabalho. O cooperativismo surge, nesse contexto, como um artifício para a redução dos custos das empresas, eliminando problemas como a despedida sem justa causa e os encargos sociais. A grande questão a esse respeito está na possibilidade de as cooperativas de trabalho começarem a atuar como intermediadoras de mão de obra. Esta intermediação não seria contrária ao ordenamento jurídico?

Alguns autores sustentam que sim, argumentando que a prática do *marchandage* é vetada pela lei. A prestação de serviços por empresas só é permitida dentro dos parâmetros ditados pela Súmula 331 do TST. Além do mais, a Instrução Normativa n. 7, que cuida da regulamentação das empresas prestadoras de serviços, diz que estas devem possuir natureza comercial, portanto, estão excluídas as cooperativas, que têm natureza civil.

Outro forte argumento contra a intermediação lembra que não pode a cooperativa ser utilizada em substituição da mão de obra interna das empresas, uma vez que seu objeto é a ajuda socioeconômica de seus associados e não de terceiros.

Para outros autores, entretanto, a intermediação via cooperativas não só é lícita como serve de válvula de escape para uma sociedade com problemas graves de desemprego.

Deve, porém, situar-se entre os limites traçados pela Súmula 331 do TST para a terceirização. Portanto, não pode haver subordinação entre o cooperado e a tomadora de serviços, a pessoalidade da prestação não pode ser exigida, e as atividades a serem terceirizadas devem ser as atividades-meio e não as atividades-fim da empresa.

Observe-se ainda que, se a cooperativa não estiver regularmente constituída, fica desde logo prejudicada a aplicação da ressalva legal do art. 442, parágrafo único, da CLT.

§ 78. Contrato de empreitada

Sumário: 1. Conceito. 2. Fundamento legal. 3. Discussão na doutrina. 4. Estrutura legal. 5. Empreiteiro operário ou artífice. 6. Direitos do empreiteiro. 7. Empreiteiro e dono da obra.

1. Conceito

Empreitada é um trabalho profissional, mas não é uma relação de emprego, em princípio, um contrato que, exercido por pessoa física, configura uma relação de trabalho autônomo, salvo quando desvirtuada de suas características fundamentais pela inserção automática da subordinação. É o contrato em que uma das partes se propõe a fazer ou a mandar fazer certa obra, mediante remuneração determinada ou proporcional ao serviço executado. É a *locatio operis*.

2. Fundamento legal

O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 2002) não a define, mas a incluiu entre os contratos em geral de direito civil. Separadamente, o Código Civil disciplinou outro contrato de direito civil, a *prestação de serviços*, a antiga locação de serviços do Código Civil anterior, deixando claro que é regida pelo Código Civil quando não estiver sujeita às leis trabalhistas (art. 593), permitindo que "toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

3. Discussão na doutrina

Na doutrina, Jones Figueirêdo Alves (in Fiuza, *Novo Código Civil comentado,* 2002) a conceitua como "o contrato em que se convenciona a execução de uma determinada obra, obrigando-se o executante, denominado empreiteiro, por seu trabalho, ou de terceiro, com ou sem os materiais, e de acordo com as instruções deste, que por ela fica obrigado a remunerá-la, independentemente do tempo necessário, por valor certo ou proporcional aos níveis do seu perfazimento".

Na empreitada, portanto, não há subordinação e sob esse prisma seria possível considerá-la um trabalho autônomo.

Para Washington de Barros Monteiro[1], empreitada é semelhante à locação de serviços, distinguindo-se ambas as figuras porque na empreitada existe independência entre os contratantes, nenhum vínculo subordinativo ou de disciplina, portanto, importando somente o resultado, enquanto na prestação de serviços o trabalhador põe a sua atividade à inteira disposição do locatário, de quem recebe ordens ou instruções e a quem, portanto, está subordinado.

No entanto, não nos parece bem assim. Na prestação de serviços não há subordinação, analisada em confronto com o contrato de emprego. Prestação de serviços há entre o cirurgião e o paciente que opera, entre o engenheiro e o cliente para quem constrói a residência, entre o dentista e a pessoa que faz o tratamento dentário etc. A locação de serviços é autônoma e a empreitada também o é. Na empreitada contrata-se uma atividade autônoma (empreitada de mão de obra) ou um resultado (empreitada de obra). Na prestação de serviços contrata-se a atividade profissional ou um serviço, mas nunca um resultado.

Assim, somente a empreitada de mão de obra e a locação de serviços podem coincidir em princípio, mas aquela atividade é preponderantemente braçal e esta intelectual — mas não necessariamente. Tanto a empreitada como a prestação de serviços podem ser feitas também entre pessoas jurídicas, enquanto o trabalho do empregado só pode ser desenvolvido por pessoa física. Nisso reside uma das principais distinções entre as duas figuras, a do empreiteiro e a do empregado.

---

1. *Curso de direito civil*; direito das obrigações, 4. ed., Saraiva, 1965, p. 202.

4. Estrutura legal

A estrutura que lhe deu o Código Civil (arts. 610 a 626) sugere lembrar:

— os tipos de empreitadas, de trabalho e mista, aquela quando o empreiteiro entra somente com o seu trabalho e o beneficiado pela obra entra com o material, e esta quando o empreiteiro fornece trabalho e material;

— o preço, que pode ser proporcional às partes da obra realizadas;

— o abatimento do preço, cabível quando não concluída ou com defeito;

— a responsabilidade do empreiteiro pela solidez da obra, que perdura por 5 anos, e após o aparecimento do defeito, decadencial de 180 dias;

— os acréscimos de preço, cabíveis nos casos de introdução de modificações no projeto;

— a suspensão da empreitada, possível desde que pagos, pelo dono da obra, as despesas e os lucros dos serviços já efetuados, mais viável indenização de perdas e danos na rescisão do contrato sem justa causa.

5. Empreiteiro operário ou artífice

Que é empreiteiro operário ou artífice?

Para Evaristo de Moraes Filho[2], "na empreitada (*locatio operis*) não existe o elemento subordinação vinculando as partes entre si, o que interessa é a obra executada, independentemente do tempo e da fiscalização do interessado. Importa mais a coisa feita do que propriamente a pessoa do executante, isto é, do trabalhador. Todos os riscos da produção correm por sua própria responsabilidade. É ele um trabalhador autônomo, por conta própria. Todavia, como o operário isolado, trabalhando como empreiteiro, só, por sua conta e risco, diante da concorrência, é digno da proteção jurídica, a sua condição pouco difere daquela que caracteriza o próprio empregado".

2. *Contrato de trabalho*, Max Limonad, 1944, p. 42.

O propósito do legislador brasileiro foi o de equipar as situações do empreiteiro operário ou artífice e do empregado, atribuindo-lhes os direitos materiais estabelecidos na legislação trabalhista. A Comissão Especial, que elaborou o texto de lei sobre a competência das então Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho — hoje Vara do Trabalho — para decidir os dissídios de pequenos empreiteiros, assim se expressou: "Na verdade, quer no direito doutrinário, quer no direito positivo moderno, a tendência é para equiparar os contratos de empreitada, quando feitos por operários artífices ou assalariados, aos contratos de trabalho, cobrindo-se estes pequenos empreiteiros com a mesma proteção dispensada aos trabalhadores em geral. No fundo, dada a condição especial de uma das partes, que é um trabalhador sem outra base de vida senão o seu salário, estes contratos de empreitada só o são formalmente; substancialmente, são contratos de trabalho"[3].

Essa assimilação entre as duas figuras, do empregado e do pequeno empreiteiro, dar-se-ia sempre que o empreiteiro, pessoa física, trabalhando isoladamente para terceiro, em troca de pequenos valores, pagos globalmente ou em parcelas, em nada diferir do operário, embora gozando de maior autonomia quanto aos horários de trabalho e ao submetimento à fiscalização e ordens de serviço.

Sempre que tal ocorrer, não estaríamos diante de verdadeiro empreiteiro, mas de um quase empregado, daí a jurisdição trabalhista atuar na solução dessas controvérsias, assegurando ao trabalhador os mesmos direitos materiais atribuídos aos empregados em geral.

Para Catharino, "ou o tribunal dá pela simulação da empreitada, desqualificando-a, ou não será competente" (in *Contrato de emprego*, p. 107).

6. Direitos do empreiteiro

O empreiteiro, como sujeito do direito do trabalho, pode assumir mais de uma posição. *Se operário ou artífice e trabalhando subordinadamente para terceiros*, será tratado como empregado. Se, no entanto, contratar por sua conta serviços de operários, remunerando-os

3. Evaristo de Moraes Filho, *Contrato de trabalho,* p. 51.

e dirigindo-lhes a atividade, será empregador, com todos os ônus decorrentes dessa situação.

Os direitos do empreiteiro são contratuais, visto que dependem do ajuste com o tomador de serviços sobre os seus diferentes aspectos, como preço, prazo, ônus da compra do material, e assim por diante. Por exemplo, na reforma de um banheiro no apartamento, a compra dos azulejos, do piso, dos encanamentos, das pias e vasos sanitários, das torneiras, dos chuveiros tanto pode ser por conta do empreiteiro como do beneficiado. O Código Civil (art. 610) dispõe que "o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais".

Nada impede a previsão contratual de indenização por rescisão antecipada.

7. Empreiteiro e dono da obra

O dono da obra em cuja residência um empreiteiro faz uma reforma não é responsável pelo pagamento de direitos trabalhistas dos empregados deste, muito menos do empreiteiro pessoa física. É que uma residência não é uma atividade econômica, e a empreitada não é prestação de serviços domésticos.

Dispõe a Orientação Jurisprudencial n. 191 do Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido, firmando a diretriz segundo a qual "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora".

Por outro lado, há responsabilidade solidária entre empreiteiro e subempreiteiro, de modo que aquele é também devedor dos direitos trabalhistas dos empregados deste. A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 455) declara que "nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro". Há direito de regresso do empreiteiro principal contra o subempreiteiro e direito de retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações trabalhistas (art. 455, parágrafo único).

Capítulo XV

Dinâmica da relação de emprego

§ 79. Alteração da relação de emprego

Sumário: 1. A vida da relação de emprego. 2. Alterações subjetivas. 3. Sucessão de empresas. 4. Mudança na propriedade da empresa. 5. Efeitos. 6. Sucessão e recuperação ou falência de empresas. 7. Alteração na estrutura jurídica. 8. Significado de condições de trabalho e cláusulas contratuais. 9. O *pacta sunt servanda*. 10. O *jus variandi*. 11. A questão da transferência do empregado para outra localidade. 12. Suspensão do contrato de trabalho. 13. Tipos de suspensões.

1. A vida da relação de emprego

A relação de emprego, desenvolvendo-se como vínculo de trato sucessivo, sofre constantes alterações durante o seu desenvolvimento, o que é fácil entender, porque a vida em um emprego é repleta de vicissitudes que vão do início até o seu fim, surgindo situações, das mais diferentes, que alteram o estado anterior, umas quanto aos seus sujeitos da relação jurídica que podem mudar, outras sobre o trabalho prestado ou à organização da empresa; as primeiras denominadas *subjetivas*, as segundas, *objetivas*.

Há diversas formas de estudar essas modificações e, também, de tentar reuni-las de acordo com as características predominantes em cada uma, com a finalidade de identificar um traço principal que permita a sua classificação, o que não é fácil tendo em vista a multiplicidade de variantes que se apresentam, como, também, aspectos jurídicos, a partir do nome dado e esses problemas, para alguns alterações *do contrato de trabalho*, para outros *alterações das condições de trabalho*,

no direito português *vicissitudes do contrato de trabalho*, no direito espanhol *modificações e suspensões do contrato.*

Na legislação brasileira, o art. 448 da CLT refere-se a *contratos de trabalho* quando trata da mudança na propriedade ou na estrutura da empresa, a *alterações das condições dos contratos de trabalho,* no art. 468, quando dispõe sobre a mudança dessas condições, e a *suspensão ou interrupção do contrato de trabalho* (arts. 471 a 476-A), quando trata dos afastamentos do empregado em decorrência de diversos motivos pertinentes a sua pessoa.

O que se conclui é que, como todo contrato continuativo, o de trabalho também pode passar por modificações cujos efeitos são em grande parte previstos pela legislação sob o comando de uma regra legal do art. 468 que consagra o *princípio da imodificabilidade* e pela doutrina e pela jurisprudência, que aceitam em determinadas situações o *jus variandi* como poder unilateral do empregador para modificar o *pacta sunt servanda.*

Em perspectiva doutrinária, não há rigorosa identidade de significado nas expressões *alterações do contrato* e *alterações das condições* porque a primeira hipótese é estritamente formal para significar a mudança do que foi contratado de modo escrito, verbal ou tácito, e a segunda representa a perspectiva material do trabalho ou da relação de emprego como objetivamente vem sendo desenvolvida, mas reconheça-se que em alguns pontos as duas perspectivas podem apresentar aspectos e efeitos coincidentes.

Possível, também, é cogitar da hipótese de uma relação de causa e efeito no sentido de que toda alteração objetiva de condições de trabalho leva a uma alteração formal do contrato de trabalho, mas o reverso também seria verdadeiro porque uma modificação do contrato formal produzirá efeitos sobre a relação de emprego.

A uniformização dogmática talvez possa ser feita com a designação do tema como *alterações da relação de emprego* porque o importante é o que está sendo mudado no modo concreto, real e objetivo do trabalho, bem como dos seus sujeitos — o empregado e o empregador —, mesmo porque a grande maioria dos contratos de trabalho é informal, isto é, verbal e não escrita.

2. Alterações subjetivas

São alterações subjetivas a *sucessão de empregadores* — em nossa lei, *sucessão de empresas* — e a *alteração na estrutura jurídica do empregador*.

3. Sucessão de empresas

Significa mudança na propriedade da empresa e efeitos sobre o contrato de trabalho que é protegido.

Funda-se essa proteção não só no já citado princípio da continuidade do contrato de trabalho, cujo corolário é o direito ao emprego, como também no princípio da despersonalização do empregador, ou seja, na diferenciação entre empresário e empresa, para vincular os contratos de trabalho com esta e não com aquele, embora a responsabilidade de sócio não o libere. Com efeito, empregador é a empresa, diz a lei (CLT, art. 2º), e não os seus titulares.

Os contratos de trabalho são mantidos com a organização de trabalho e não com as pessoas que estejam eventualmente à frente dessa mesma organização. Portanto, a *intangibilidade* dos contratos é preservada pelo direito do trabalho, fenômeno que encontra raízes históricas na *Carta del Lavoro*, cujo art. XVIII dispunha: "Nas empresas de trabalho contínuo a transferência da empresa não resolve o contrato de trabalho, e o pessoal a ela pertencente conserva os seus direitos em relação ao novo titular".

A Constituição brasileira de 1937 também o consagrou: "... nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo". Retirado do plano constitucional em 1946, ficou mantido na legislação ordinária, como já acontecia desde a Lei n. 62, de 5 de junho de 1935, art. 3º.

Também na Itália o princípio é acolhido, bem como sustentado pela doutrina, como se vê dos estudos de Santonastaso[1], Zuccalá[2],

1. Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, in *Mass. giur. lav*., 1964, p. 87 e 184.
2. I diritti del prestatore d'opera nel trasferimento d'azienda, *Giur. it., 1*:2427, 1959.

Sandulli[3], Greco[4], Mazzarelli[5], Antonio Fontana[6] etc. Na Espanha, o art. 44 do Estatuto do Trabalhador dispõe que a mudança da titularidade da empresa, centro de trabalho ou unidade produtiva autônoma desta não extingue a relação de trabalho, sub-rogando-se o novo proprietário nas obrigações do anterior. Na Argentina, o princípio está inscrito na Lei do Contrato de Trabalho, art. 225, segundo o qual em caso de transferência, por qualquer título, do estabelecimento, passarão ao sucessor ou adquirente todas as obrigações emergentes do contrato de trabalho que o transmitente mantinha com o trabalhador ao tempo da transferência, bem como aquelas que se originarem da transferência.

A jurisprudência, que desempenha um papel importante, em alguns pontos, no direito italiano, fixa diretrizes não coincidentes com as que seguimos, como mostra Vallebona (*Istituzioni di diritto del lavoro,* 2000). Não configuram sucessão, para o Judiciário italiano: a transferência — nome da sucessão — de uma organização não empresarial não definida como empresa; a cessão de bens singulares da empresa; por si a mera continuidade da atividade no mesmo local onde operava a precedente empresa; a transferência de clientela e de fornecedores com a conservação da mesma atividade; a cessão de pacote de ações se a sociedade titular não muda; a modificação de nome ou transformação societária; a entrada de um novo sócio; e a sucessão universal. Configuram sucessão, que Vallebona define como a transferência da empresa a outro empresário, entendendo-se por empresa o complexo de bens organizados para o exercício do empreendimento: a transferência de vários componentes da empresa ao mesmo adquirente mediante contratos sucessivos em um arco de tempo não excessivo; a transferência temporária, como o usufruto, o comodato, a locação da empresa e o *franchising* com utilização da mesma empresa fornecida pelo concedente e a retrocessão ao término das mesmas; e a integração, na empresa, de um ramo empresarial adquirido pela preexistente empresa.

---

3. Due ipotesi di sucessione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro, *Foro it., 1*:2114, 1962.

4. Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, in *Temi*, 1956.

5. *I rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, Napoli, 1954.

6. *La sucessione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1970.

As mesmas observações podem ser feitas quanto à jurisprudência da Espanha, analisada por Valverde, Gutiérrez e Murcia (*Derecho del trabajo,* 2000). Não configuram sucessão, denominada, como na Itália, transmissão de empresa: as concessões administrativas e de contratos de obras e serviços quando não se transmitem elementos significativos do ativo material ou imaterial da organização empresarial; a constituição de uma sociedade anônima laboral pelos trabalhadores de uma empresa cujos contratos extinguiram-se por expediente de regulamentação do emprego, ainda que o objeto social seja o mesmo da antiga empresa (na Europa há um procedimento legal para dispensas coletivas); a morte do empresário, quando os herdeiros manifestam a vontade de não continuar com o negócio, ainda que alguma demora exista para o término definitivo da atividade para liquidação das operações pendentes; a venda separada de partes da empresa para diversas pessoas; a venda de uma parte dos bens da empresa, mas sem organização empresarial propriamente dita.

Constituem sucessão: a venda da empresa; a aquisição de empresa em funcionamento em hasta pública, porque há expresso dispositivo legal nesse sentido (Estatuto do Trabalhador, art. 51); o arrendamento e posterior reversão ao arrendador; o término de concessão administrativa, com a continuidade da atividade pelo ente público que a realizou; o término de arrendamento, com a recuperação da empresa por quem antes era seu titular; a continuidade de fato, quando se comprova que os interessados criaram uma aparência de descontinuidade; as fusões e absorções de sociedades, porém negada a sucessão com a integração de empresa no seio de um grupo mais amplo; a sucessão *causa mortis.*

A União Europeia expediu a Diretiva n. 77/187, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros da Comunidade quanto aos direitos dos trabalhadores no caso de sucessão de empresas, estabelecimentos ou partes dos estabelecimentos.

Deixe-se claro desde logo que, ao dizer simplesmente que "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados" (CLT, art. 448), a lei brasileira aponta com clareza um efeito, a continuidade dos contratos individuais de trabalho, mas deixa em aberto uma série de

questões que não resolve. É que *mudança na propriedade da empresa* é um conceito incompleto que permite interpretações não coincidentes, em especial quanto à extensão do que se pretende com isso dizer.

4. Mudança na propriedade da empresa

Tem-se como evidente, portanto, que havendo mudança na propriedade da empresa, são mantidos íntegros os contratos de trabalho em desenvolvimento por ocasião dessa mudança, mas outras circunstâncias, quer quanto à exata caracterização da causa, que é essa mudança, como da totalidade dos seus efeitos, dos quais o principal é a impossibilidade de serem afetados os contratos, não estão claras.

Que é mudança na propriedade da empresa, para atendimento do conceito legal trabalhista? A questão tem especificidades em nossa área ou os critérios jurídicos devem ser os mesmos apontados pelas leis que disciplinam genericamente o tema e que são as do direito civil?

Primeiro, convém distinguir, como faz o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), *sociedade empresária*, *empresário* e *estabelecimento*, que são figuras diferentes, considerada sociedade empresária (CC, art. 982) aquela "que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais"; empresário "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (art. 966); e estabelecimento "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária" (art. 1.142), não havendo qualquer fundamento jurídico para entendimento diverso, quanto a esses três conceitos, no direito do trabalho.

Vê-se logo que mudança na propriedade da empresa não é o mesmo que venda de unidade da empresa ou de estabelecimento, uma vez que alteração na propriedade da empresa significa uma nova titularidade desta, o que pode acontecer de diferentes formas. Um bar pertencente a uma pessoa física quando vendido de João para José mudou de dono, havendo, portanto, mudança na propriedade da empresa, assim como uma sociedade anônima com ações na bolsa também muda de proprietário quando o controle acionário passa para outros.

Além dessas, outras situações devem ser analisadas, porque existem diversas formas pelas quais se configura mudança na propriedade da empresa. É o caso da fusão entre duas ou mais empresas, desaparecendo ambas as anteriores e surgindo, no seu lugar, uma nova empresa, hipótese que também está enquadrada no conceito legal, como, igualmente, a incorporação.

Acrescente-se, neste estudo, a cisão. Uma empresa é dividida em três partes, cada uma autônoma, independente e com vida própria, novas organizações, portanto, que passam a pertencer a três diferentes proprietários, digamos, três filhos de um pai que quis dividir o seu patrimônio com os herdeiros, e por tal motivo resolveu separar a única empresa antes existente, da qual era o proprietário, em três novas empresas, cada qual agora de propriedade de um dos filhos. Como equacionar essa situação? Configura a mudança na propriedade da empresa? Em princípio, sim, porque não é pelo fato de ter sido cindida a empresa que não mudou a sua propriedade. Há, desse modo, a caracterização da hipótese do art. 448. O problema adquire novos aspectos quando se vê que dos empregados que antes trabalhavam para a empresa originária, alguns aposentaram-se ou passaram a ser empregados de outras empresas que não são vinculadas à de origem, sem contar que a maioria do pessoal anterior continuou trabalhando em cada uma das três empresas. A expressão *sucessão de empresas*, no sentido estrito, designa todo acontecimento em virtude do qual uma empresa nova nasce com a cisão.

Em que parâmetros devem ser decididas as questões de sucessão? Em princípio não haveria maiores problemas em definir que cada empresa responderá pelos contratos de trabalho nascidos na originária e que prosseguirão normalmente após a cisão. As demais podem ser consideradas sucessoras em relação ao pessoal que nela não ficou porque passou a trabalhar numa das demais?

Se as três novas empresas constituírem um grupo econômico haverá responsabilidade solidária entre elas, com o que todas responderão pelos pagamentos trabalhistas dos empregados das três, não a título de sucessoras, mas de empresas que integram um grupo diante do princípio legal da responsabilidade solidária. Porém, se não configurar-se grupo econômico, cada empresa, porque tem personalidade

jurídica própria, será responsável apenas pelos seus respectivos débitos. Será assim, salvo nos casos de fraude que haveria, por exemplo, na cisão o maior número de empregados, e também de dívidas, passar para uma empresa das três que encerrará as suas atividades com o objetivo de lesar credores, caso em que é aplicável o art. 9º da CLT.

A questão também assume outro aspecto nos casos de mudança não na propriedade da empresa, mas de uma das suas unidades ou estabelecimentos, hipótese que pode também enquadrar-se no conceito de mudança da propriedade da empresa, que houve, embora apenas em parte dela e não na totalidade. É que a proteção que a lei dispensa tem não apenas a finalidade de manter a continuidade dos contratos de trabalho constituídos antes da alteração, mas a de garantir o pagamento dos créditos dos trabalhadores, o que dá ao conceito uma conotação também patrimonial. O estabelecimento é parte do patrimônio da empresa, de modo que, se é alienado, vai-se com ele uma parte da garantia dos empregados.

Mas não é possível genericamente caracterizar toda venda de estabelecimento como sucessão. Se o estabelecimento é vendido, mas os empregados que nele estavam são mantidos na empresa em outras unidades, não há o problema da preservação dos contratos e dos créditos porque já estão mantidos. O contrato continua em vigor e o patrimônio da empresa com os estabelecimentos que tem — embora vendido um — respondem. Se com a venda do estabelecimento os empregados o acompanham, mas o comprador é uma empresa solvente, também não há questões porque os direitos existentes à época da sucessão obrigatoriamente terão de ser cumpridos pelo adquirente e, se o patrimônio que tem é suficiente, não houve fragilização da garantia.

No entanto, se uma empresa vende um estabelecimento e o pessoal que neste trabalhava acompanha a mudança na propriedade, se o sucessor não tem como responder pelos contratos de trabalho e pelos créditos dos trabalhadores, fica contrariado o princípio do art. 448, uma vez que haverá mudança na propriedade da empresa, de modo a afetar os contratos de trabalho. A lei brasileira é falha porque deveria, para esses casos, fixar a responsabilidade solidária entre vendedor e comprador, mas não o faz.

A lei dispõe que *a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos*

empregados, e a sua generalidade permite concluir que o conceito de sucessão é amplo, abrangendo qualquer forma de alteração na propriedade da empresa, não se limitando a determinado tipo de aquisição. O que se questiona é se a mudança na propriedade se dá não de modo direto, mas por força de um ato ou fato intermediário.

A venda de coisas singulares de uma organização para outra, como máquinas, pode extinguir a garantia dos empregados, de modo que depende de cada caso concreto saber se, por ocasião da venda da máquina, o vendedor continuou, com os demais bens, solvente e em condições de responder pelos débitos trabalhistas.

A limitação da responsabilidade trabalhista ao cedente fixada por contrato entre duas instituições tem validade entre elas com base no princípio *pacta sunt servanda*. Autoriza, em caso de execução judicial direta do adquirente, a via regressiva. Todavia, não modifica as regras legais trabalhistas sobre a matéria. Estas são imperativas e não modificáveis pela autonomia privada dos contratantes, estabelecendo que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afeta os contratos de trabalho (CLT, arts. 10 e 448), efeitos jurídicos imperativos e que operam *ope legis,* sendo essa a doutrina, inclusive as opiniões de Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores, em *Introdução ao direito do trabalho* (1993), para quem não valem acordos ou convenções entre os contratantes para elidir os efeitos da disposição legal de ordem pública; de José Bonifácio Fortes, em A sucessão de empresas, o ato de autoridade e o direito do trabalho, publicação do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social (1972); de Maria Inês Moura S. A. da Cunha, em *Direito do trabalho* (1997), para quem qualquer pactuação entre sucessor e sucedido, no sentido de eximir de responsabilidade o sucessor, não produzirá efeito sobre a relação de emprego. A responsabilidade do sucessor não pode ser afastada pela vontade das partes, sendo norma de ordem pública.

O fato de empregados antes em empresas diferentes passarem, com a incorporação ou fusão, a atuar lado a lado, numa só e mesma empresa, exercendo a mesma função, porém com diferentes condições contratuais de trabalho, especialmente salariais, pode criar um problema administrativo para cuja solução a empresa deve ter o maior inte-

resse em resolver, porém pode, também, acarretar uma questão jurídica. Se os salários são diferentes e tendo em vista a identidade de funções, há direito de equiparação salarial?

Para que o direito exista, cumpre estarem presentes não só os requisitos do art. 461 da CLT, mas, também, o pressuposto básico que fundamenta a isonomia, que é evitar discriminação. A figura da igualdade salarial é uma forma de combate às discriminações entre empregados. Logo, se não há discriminação, cai por terra o pressuposto básico do direito da equiparação e não nos parece que nos casos de disparidade salarial resultantes de sucessão tenha havido discriminação. As razões determinantes da desigualdade salarial são meramente acidentais, resultantes do fato de empregados de uma empresa passarem a trabalhar para outra, e não da vontade do empregador em discriminar.

5. Efeitos

Em síntese, cabem, a título de conclusão sobre os efeitos da sucessão, as observações a seguir.

As obrigações trabalhistas vencidas à época do titular alienante, mas ainda não cumpridas, são exigíveis, porque a responsabilidade trabalhista existe em função da empresa.

As sentenças judiciais podem ser executadas embora não o tenham sido na época do primeiro titular e desde que não prescritas, respondendo o sucessor, diretamente, por seus efeitos, inclusive reintegrações de estáveis.

Os empregados cujos contratos de trabalho, por ocasião da sucessão, estiverem suspensos ou interrompidos têm o direito de reassumir os cargos; a sucessão não extingue as relações de emprego transitoriamente paralisadas por causas legais ou convencionais.

Os contratos a prazo devem ser respeitados pelo sucessor, persistindo o direito do empregado de cumpri-lo até o fim.

A contagem dos períodos aquisitivos de férias dos trabalhadores prossegue normalmente.

A sucessão não é justa causa, de outro lado, para que o empregado dê por rescindido o contrato de trabalho, nem para que pleiteie indenizações.

Os débitos previdenciários assumidos pelo sucedido passam para o sucessor.

Podem, no entanto, sucedido e sucessor, no contrato de transpasse, prever a ação regressiva do segundo contra o primeiro. Porém, esse assunto pertence à esfera de ambos, é decidido na justiça comum. Em nada afetará os empregados. Diretamente, quem responde sempre é a empresa, unidade jurídico-econômica.

Pode uma empresa cessar momentaneamente as suas atividades para reabrir depois e haver sucessão de empresas desde que apareça com o novo titular, com parte dos empregados, com as mesmas máquinas e atividade idêntica ou semelhante.

Não tem eficácia cláusula de exoneração de responsabilidade eventualmente ajustada entre os dois titulares, o antigo e o novo. Os direitos trabalhistas são garantias impostas imperativamente, daí falarem alguns autores que uma exigência de ordem pública traz a ineficácia de disposições de vontade nesses termos.

A legislação trabalhista, na defesa dos contratos de trabalho e visando à garantia do empregado, estabelece o *princípio da continuidade do vínculo jurídico trabalhista*, declarando que a alteração na estrutura jurídica e a sucessão de empresas em nada o afetarão.

Esse princípio significa, simplesmente, uma garantia de permanência do contrato de trabalho, no pressuposto de que o empregado tem um direito de continuidade na empresa, da qual é um colaborador.

Se entendida como uma comunidade social que tem funções econômicas mas também sociais e que deve promover a integração do homem que trabalha na vida coletiva, a empresa deve respeitar, na medida do possível e independentemente das modificações por que passa no curso da sua existência, a presença do trabalhador, encarando a natureza alimentar do salário que dela recebe e a consequente necessidade de manutenção que para ele representa essa fonte de ingressos econômicos, com os quais enfrentará os gastos destinados à manutenção pessoal e da família.

Daí por que as modificações que ocorrem na empresa via de regra são insuscetíveis de afetar os contratos de trabalho.

Dá-se a *acessio temporis*, ou seja, a soma dos períodos de contratos diferentes, nos termos do disposto no art. 453 da CLT.

Assim, serão computados no tempo de serviço do empregado para o mesmo empregador os contratos de trabalho, ainda que não contínuos, salvo se no contrato anterior o empregado tiver sido despedido por justa causa, tiver recebido verbas rescisórias ou aposentar-se espontaneamente.

6. Sucessão e recuperação ou falência de empresas

Uma exceção foi introduzida em 2005 pela Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101) e que derroga, mas não revoga, o art. 448 da CLT, no caso de arrematação de bens decorrentes de falência e de recuperação judicial de empresas. Nesse caso, o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as derivadas da legislação do trabalho (arts. 60 e 141, II). Na falência, empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho (art. 141, § 2º).

7. Alteração na estrutura jurídica

Passa-se, agora, em resumo, a examinar a alteração na estrutura jurídica da empresa (CLT, arts. 10 e 448), sabendo-se desde logo que nesse caso, como também na sucessão de empresas, os contratos de trabalho mantidos com os empregados à época da alteração não sofrem qualquer modificação, continuando a vigorar da mesma forma como estão se desenvolvendo.

Note-se, de início, que toda sucessão implica alteração da estrutura jurídica da empresa, porque com a mudança na propriedade da empresa, o contrato social, se sociedade for, ou a razão social, se de firma individual se tratar, com o novo adquirente, serão alterados, mas nem toda alteração na estrutura jurídica será decorrente de sucessão, porque pode perfeitamente uma empresa manter-se sem qualquer mudança na sua propriedade, mas com modificações contratuais ou estatutárias.

As alterações a que está sujeita a empresa variam de amplitude e, quanto à sua natureza, podem ser jurídicas e econômicas. As primei-

ras configuram-se por meio de toda modificação em sua forma ou modo de constituir-se, como a transformação de firma individual para sociedade, de sociedade por cotas de responsabilidade limitada para sociedade anônima, aumento de número de sócios, diminuição de número de sócios, modificação do nome, alteração de cláusulas do contrato social e outras. Alteração econômica dá-se quando a empresa muda, por exemplo, o ramo da sua atividade ou amplia o seu capital.

Maiores cuidados devem ser tomados em alguns casos nos quais a conjugação da teoria da despersonalização da empresa mais o princípio da sucessão de empresas, em conjunto, podem levar longe demais o objetivo da lei, que não é tão amplo e é aquele nela claramente inscrito, isto é, assegurar, nos casos em que a propriedade da empresa passa de uma para outras mãos, que os contratos de trabalho continuem em vigor e que o adquirente assuma o passivo trabalhista, o que não acontece quando um ex-sócio que se afastou da empresa há muitos anos não a administrou, possuía um número mínimo de cotas, é executado para responder pelos débitos que não são do seu tempo, porque a empresa não tem mais patrimônio para responder pela dívida e porque outros sócios mais próximos não foram encontrados, situação que nos parece deturpar os dois princípios.

8. Significado de condições de trabalho e cláusulas contratuais

Examinamos as alterações subjetivas, assim consideradas as pertinentes aos sujeitos da relação jurídica, e passaremos, agora, ao estudo das modificações objetivas, que são as relativas às condições de trabalho. Essa expressão corresponde, de certo modo, ao que, no direito comum, são as cláusulas contratuais, mas há uma diferença. Cláusula contratual é uma "disposição constante de um instrumento obrigacional, definidor de seu objeto, condições e preceitos" (*Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*). Condições de trabalho não são apenas as que decorrem de um instrumento. Podem existir unicamente no plano concreto, sem uma correspondente formalização documental, mas basta o simples fato da sua prática constante para gerar efeitos obrigacionais sob a forma de ajustes tácitos.

Como são dados que emergem espontaneamente da relação de emprego, abrangem uma ampla variedade de situações, que vão desde o local em que o trabalho é prestado, as atribuições exercidas pelo empregado, a duração diária ou semanal do seu trabalho, os períodos de descanso no dia, na semana e no ano, as paralisações das atividades da empresa determinadas pelas mais diferentes causas, a remuneração e suas formas de estipulação, de pagamento, de antecipações, o meio ambiente de trabalho, o que basta para mostrar a amplitude do tema.

Nenhuma condição de trabalho pode ser modificada unilateralmente pelo empregador, regra contida em nossa lei ao dispor que, nos contratos individuais de trabalho, só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia. Essa regra, impeditiva da alteração não consensual, reflete forte intervenção na autonomia da vontade, porém necessária. Impede até mesmo a modificação bilateral, consentida, portanto, pelo trabalhador, desde que dela possam resultar-lhe prejuízos, caso em que tem o direito de pleitear a anulação do ato danoso e a restituição das condições de trabalho vigentes antes da alteração.

9. O *pacta sunt servanda*

Por ser um contrato, o de trabalho também é regido por um princípio do direito civil: *pacta sunt servanda*. O contrato faz lei entre as partes. As condições de trabalho configuram-se como obrigações contratuais, como tal só alteráveis bilateralmente por acordo entre as partes e, tendo em vista o sentido protetor do direito do trabalho, ainda assim desde que não resultem prejuízos ao trabalhador, situação esta que não é absoluta, mas é uma regra inicial a ser observada (CLT, art. 468).

Outro princípio de direito civil também é aplicável: a cláusula *rebus sic stantibus.* Autoriza a empresa, em casos nos quais a situação que deu origem à obrigação sofrer substancial modificação, impossibilitante da sua continuidade, com ampla e inquestionável demonstração, a introdução de modificações, como regra de exceção fundada na teoria da imprevisão dos contratos.

A regra, para Russomano[7], indica "avanço doutrinário digno de nota, porque o texto nacional é amplo. Não, apenas, por admitir a nulidade absoluta da alteração contratual em face de prejuízos sofridos pelo trabalhador. Nem, unicamente, porque a nulidade nasce desses prejuízos, sejam eles diretos ou indiretos, mas, sobretudo, porque, ao que se depreende do teor daquele preceito, não importa que esses prejuízos fossem ou não previsíveis no ato da novação. Isso equivale a dizer que mesmo quando as desvantagens oriundas, para o trabalhador, da alteração do contrato forem previsíveis, tanto para ele próprio quanto para seu empregador, a nulidade perdurará. Assim, os prejuízos são considerados como causa de nulidade absoluta da alteração do contrato de trabalho, com a maior objetividade possível. O fundamento lógico daquele dispositivo está na ideia de que ninguém aceita, livremente, a modificação das condições do contrato, quando tal modificação é contrária a seus interesses. A isso devemos acrescentar, naturalmente, o fato de que o trabalhador, por sua ignorância ou pela sua condição dentro da empresa, pode, facilmente, ser induzido a erro, pelo empregador, e sofre, não raro, coação patronal, no transcurso do contrato".

Délio Maranhão[8] ressalta que "os contratos são feitos para serem cumpridos: *pacta sunt servanda*. Daí uma consequência lógica: qualquer alteração em suas cláusulas há de resultar, também, de mútuo acordo. No contrato de trabalho, tais cláusulas nem sempre, como sabemos, resultam da vontade dos contratantes. Existe um estatuto legal de proteção ao trabalhador que se traduz, por assim dizer, em um contrato mínimo, a cujas condições não se podem furtar as partes ao estabelecerem a relação de emprego". Acrescenta que, excepcionalmente, é reconhecido ao empregado o *jus variandi*, porém admitido "dentro de limites muito restritos, sob pena de se tornar letra morta essa disposição legal, viga-mestra de nossa legislação do trabalho e principal garantia do empregado contra o arbítrio do empregador".

10. O *jus variandi*

Em contraste com o princípio legal da imodificabilidade das condições de trabalho, a doutrina elaborou o princípio do *jus variandi*, que

7. *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Konfino, 1972, p. 139.

8. *Direito do trabalho*, 4. ed., Rio de Janeiro, 1976, p. 203.

pode ser enunciado como o direito do empregador, em casos excepcionais, de alterar por imposição e unilateralmente as condições de trabalho dos seus empregados. É desenvolvido pela doutrina italiana, como decorrência do poder diretivo reconhecido ao empregador. Autoriza a redução de salários em casos de força maior etc. Não é um princípio de proteção ao trabalhador. Alterações contratuais prejudiciais ao empregado devem ser submetidas a controle sindical, administrativo ou judicial.

Sob *controle sindical* estão a redução de salários (CF, art. 7º, VI) e a redução da jornada (CF, art. 7º, XIII), condicionadas pela Constituição à negociação coletiva. Sob o *controle administrativo* está, por exemplo, a redução do intervalo de almoço, que, por ato do Ministério do Trabalho e Emprego (CLT, art. 71, § 3º), pode ser diminuído. Amplo é o *controle judicial* para a apreciação de lesões de direito, como é sabido, exemplificando-se com a alteração do salário por tarefa nos casos de nova tecnologia.

Casos há, como a reversão de cargo de empregado de confiança, autorizados desde logo pela lei (CLT, art. 468, parágrafo único). Exemplifique-se ainda com a alteração de função do trabalhador acidentado incapacitado para a atividade anterior.

A legislação autoriza o empregador a transferir exercente de cargo de confiança para função anterior (CLT, art. 468), daí a regra legal que afasta no caso a inamovibilidade, porque não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

A cessação do exercício do cargo de confiança, por reversão a cargo anterior ou extinção de tal cargo, autoriza a empresa a suprimir a gratificação paga em função do mesmo exercício, faculdade que, no entanto, sofre restrições decorrentes da jurisprudência. A então STST n. 209, hoje cancelada, declarava que a reversão do empregado ao cargo efetivo implica a perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos. Essa diretriz prevalece no TST, ainda que, eventualmente, em um ou outro processo de outro grau a decisão promova a incorporação da gratificação paga por tempo inferior a 10 anos. Desse modo,

a desinvestidura é autorizada por lei, mas a supressão das vantagens do cargo de confiança é permitida se tiverem sido atribuídas por um período curto, incorporando-se nos casos de exercício prolongado do cargo.

Se o comissionamento é próprio, pode o seu exercente ser do mesmo desinvestido para ocupar função anterior, nos termos do art. 468, parágrafo único, da CLT.

Há doutrinadores que mais recentemente se manifestaram sobre o tema. É o caso de Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores Moraes (*Introdução ao direito do trabalho*, 5. ed., São Paulo, LTr, 1991, p. 372): "Segundo alguns estudiosos, a gratificação de função incorporar-se-á ao salário, desde que paga durante longos anos. Outros entendem o contrário. O TRT, 4ª Região, em 1986, assim se pronunciou: 'Não constitui alteração contratual a determinação do empregador no sentido de que o empregado investido em função de confiança retorne ao cargo efetivo, com a perda do exercício daquela função por longo tempo'.

Diante de tal controvérsia, entendemos que a exclusão prevista no parágrafo único do art. 468, CLT, deve restringir-se aos empregados que exerçam cargo de confiança no sentido estrito do termo, alcançando, apenas, aqueles que possuem os poderes inerentes ao empregador (de planejar, dirigir e fiscalizar). Em caso contrário, sendo uma mera chefia setorial e paga a gratificação por longos anos, integrará ela o salário do empregado, pois trata-se de mero acréscimo salarial".

Arnaldo Süssekind (*Instituições de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1991, v. 1, p. 356) sustenta: "Nesse caso, desde que se trata de função que justifique essa retribuição especial (cargos de confiança, de direção ou chefia, de secretário etc.), ela será devida, como sobressalário, apenas enquanto o respectivo empregado permanecer no desempenho da correspondente função".

O cuidado a ser tomado para o descomissionamento é verificar se o cargo é, realmente, de comissionamento próprio ou impróprio e de duração longa ou não.

De comissionamento próprio é o cargo de confiança no qual o seu exercente tem elevadas funções de direção, gerência, fiscalização, chefia ou equivalentes (CLT, art. 224, § 2º), regra para a estrutura

bancária mas que pode oferecer critérios para questões de outras categorias. Para efeito de aplicação do regime legal de horas extraordinárias, a lei excluiu gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial (CLT, art. 62, II).

A interpretação dos cargos de comissionamento deve ser restritiva e não ampliativa, porque a finalidade da lei é enquadrar nos mesmos as funções que efetivamente exijam um grau de fidúcia ou de confiança. Não basta que a função seja de responsabilidade. Também não é relevante o nome dado à mesma. O fundamental é o grau de confiança, que deve ser máximo. O objetivo do entendimento restritivo que hoje predomina nos Tribunais do Trabalho é impedir que a jornada normal diária seja transformada. Isso poderia ocorrer por meio do expediente de catalogar, com o nome de chefia, gerência, direção ou fiscalização, cargos que, na verdade, integram nível hierárquico que retira dos mesmos a natureza de cargos de cúpula administrativa, expandindo-se para cargos inseridos em nível hierárquico cada vez menor.

Cargo comissionado puro de confiança pressupõe alto grau de poder de decisão resultante da hierarquia. Não é cargo subordinado, mas subordinante.

11. A questão da transferência do empregado para outra localidade

As regras sobre transferência de empregados para outra localidade são protecionistas e se destinam a evitar o ato obstativo do empregador do prosseguimento da relação de emprego pelo trabalhador.

Dessa maneira, o princípio geral é proibitivo. É vedada a transferência de empregado para localidade diversa daquela em que presta serviços.

Não se configura transferência quando o empregado é deslocado para filial da mesma empresa na mesma localidade, caso em que são devidas as despesas acrescidas de locomoção, tendo-se fixado nesse sentido a jurisprudência, de acordo com a STST n. 29.

Não há transferência quando o empregado, mesmo passando a trabalhar em outra localidade, não tem necessidade de mudar de residência para poder trabalhar; se alguém trabalha numa cidade

vizinha e o empregador fornece condução com possibilidade razoável de curta duração do transporte para retorno no mesmo dia, não houve transferência.

Há contratos de trabalho nos quais o empregado faz viagens; trata-se de condição de exercício da função e não de transferência.

A regra básica da transferência é a *necessidade de serviço*; reprimem-se os atos abusivos do empregador, como ficou assentado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho nos termos da Súmula n. 43. Sempre será presumidamente abusiva a transferência sem comprovação de necessidade de serviço.

Não é abusiva a transferência bilateral, desde que resulte de verdadeira manifestação de vontade do empregado, às vezes até por iniciativa do trabalhador, caso em que os seus efeitos contratuais serão aqueles determinados pelas duas partes de comum acordo, quer efeitos salariais, quer relativos à duração da transferência — provisória ou definitiva — etc. Não há maiores razões para que haja interferência legal quando a transferência é provocada pelo trabalhador, ou de iniciativa do empregador mas com a plena concordância daquele.

O sistema legal interfere nas transferências impostas, unilaterais, determinadas contra a vontade do empregado, só as permitindo observadas certas exigências, que são as seguintes: a) a necessidade real de serviço; b) a previsão expressa no contrato de trabalho, precedente ou concomitante com o ato; c) a provisoriedade da transferência, estabelecida com um termo certo ou com evento certo, embora termo final indeterminado, em outras palavras, o cumprimento pelo empregado da "missão" que o levou.

Cumpridos os requisitos legais, seus efeitos também são taxativos: a) pagamento ao empregado de adicional de transferência nunca inferior a 25% dos salários que percebia na localidade de origem; b) pagamento de todas as despesas resultantes da transferência, além do adicional, com o qual não se confundem; o adicional é remuneração, enquanto as despesas são indenizadas por meio de diárias ou ajudas de custo de natureza não salarial tendo em vista o seu fim ressarcitório.

Infeliz é a lei quando permite a transferência dos empregados, ocorrendo extinção do estabelecimento em que trabalharem, com o que em tese são possíveis consequências como a da transferência da espo-

sa ou do filho para localidade diversa da em que trabalha o marido ou o pai. Melhor seria nesses casos permitir a faculdade de rescisão do vínculo pelo empregador sem prejuízo dos direitos que o empregado tem nos casos de dispensa imotivada.

12. Suspensão do contrato de trabalho

A *suspensão do trabalho*, em nossa lei denominada *suspensão* ou *interrupção do contrato* — na verdade suspensão de alguns dos efeitos do contrato durante uma inatividade temporária do empregado —, abrange as hipóteses nas quais há a paralisação da atividade do trabalhador.

A bibliografia é extensa e entre as obras especiais incluem-se as de Yamaguchi (*La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la C. E.*, Paris, LGDJ, 1963), Guillermo Lopez (*La suspensión de la relación de trabajo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973), Enrique Rayon Suárez (*Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975, tese), Carlo Igelmo (*La suspensión del contrato de trabajo*, Bosch, 1959), Giovanni Lavagnini (*La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, Feltrinelli, 1961) e Giorgio Branca (*La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Padova, CEDAM, 1971).

O fundamento da figura jurídica da suspensão do contrato de trabalho é a necessidade de ausências ou afastamentos do empregado, portanto a paralisação momentânea, ou mesmo durável, da prestação de serviços e que não deve ser causa de ruptura contratual. A relação de emprego, desenvolvendo-se como de trato sucessivo, sujeita-se a uma série de vicissitudes. Assim também os seus sujeitos, de modo que seria quase impossível que o empregado sempre viesse a trabalhar, porque há fatos e atos que são justificáveis no sentido de dar ampla admissibilidade à sua inação.

Com razão Mario de la Cueva ao dizer que a suspensão nas relações individuais de emprego é uma instituição que tem por objeto conservar a vida das relações, suspendendo a produção de seus efeitos, sem responsabilidade para o trabalhador e o empregador, quando advém

alguma circunstância que não decorre dos riscos de trabalho e que impede o trabalhador de exercer a sua atividade[9].

Nossa lei se utiliza de dupla terminologia, *suspensão* e *interrupção*, a nosso ver sem caráter substancial porque diz respeito unicamente aos efeitos e não ao conceito. A figura tem um pressuposto comum, *paralisação do trabalho*, sendo diferentes os efeitos que a paralisação produzirá, especialmente quanto aos salários; haverá interrupção quando devidos os salários, e suspensão quando não devidos. Essa é a linguagem do nosso direito, mas outra poderia ser sem alteração básica, chamando-se de suspensão remunerada ou não remunerada as duas hipóteses, ou suspensão parcial ou total, como fazem alguns doutrinadores.

Suárez usa dupla terminologia para designar como suspensão a "não atualização das prestações fundamentais do contrato: salário e trabalho", e interrupção o afastamento remunerado, subdividindo-se, na sua teoria, em interrupção periódica (intervalos diários, repouso semanal e férias) e interrupção não periódica (decorrente de deveres públicos, como o voto, depoimento judicial e exercício de cargos públicos, ou familiares, como faltas justificadas). Roberto Falchetti[10] entende que suspensão é a paralisação de iniciativa do empregador e interrupção compreende as situações que se originam na esfera do trabalhador, sendo exemplos do primeiro caso a suspensão disciplinar e do segundo a falta por doença. Para Hector Hugo Barbagelata[11] interrupção é gênero, e suspensão, espécie.

O contrato não se suspende; alguns dos seus efeitos continuarão. Em férias, mas habitando o apartamento do edifício do qual é empregado, ou doente e recebendo da organização previdenciária na mesma situação, o zelador do prédio continuará desfrutando da habitação, a ver mantidos os efeitos do contrato. Da mesma maneira, se em dia de folga o empregado vai ao estabelecimento e comete falta grave, por exemplo, agredindo superior, não deixarão de produzir efeitos os atos que praticou. Logo, a suspensão não é do contrato. A suspensão é do trabalho, seus efeitos são determinados pelas normas jurídicas. Suspendem-se, com o trabalho, algumas obrigações contratuais.

---

9. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 231.

10. *El contrato de trabajo*, Montevideo, 1975, p. 98.

11. *Derecho del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978, p. 301.

13. Tipos de suspensões

Há classificações doutrinárias da suspensão, como a de Ruprecht[12]: a) suspensão absoluta e relativa — na primeira não há salário nem trabalho (ex., força maior), na segunda há salário (ex., doença do empregado); b) suspensão individual (de um ou poucos empregados) e coletiva (da maioria); c) suspensão com ou sem justa causa.

Preferimos classificação mais ampla: a) quanto ao número de empregados, individual ou coletiva; b) quanto à fonte formal, legal, convencional ou judicial; c) quanto ao interesse visado, do empregado, do empregador (ex., férias coletivas), de ambos (ex., compensação de dias), ou de nenhum (ex., acontecimentos políticos), aqui entendido interesse no sentido imediato trabalhista; d) quanto à duração, prolongada ou curta; e) quanto aos efeitos, com a supressão de uma, algumas ou diversas das obrigações recíprocas.

Portanto, a suspensão — ou interrupção — poderá ocorrer em razão:

— Do *número de empregados*, quando será *individual* ou *coletiva,* na medida em que envolva um empregado ou mesmo mais de um, contanto que os motivos sejam diferentes, ou diversos empregados por um motivo comum a todos.

Individual, por exemplo, será a licença, remunerada ou não, concedida pela empresa a um dos seus empregados para fins particulares ou a um dirigente sindical, para exercer as suas funções perante a entidade sindical da qual é diretor. Considera-se de licença não remunerada, salvo assentimento do empregador ou cláusula contratual, o tempo em que o empregado se ausentar do trabalho no desempenho de funções eletivas de cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive em órgão de deliberação coletiva, não podendo a empresa impedi-lo do exercício dessas atribuições (CLT, art. 543 e § 3º).

Coletiva: a) a *greve,* direito assegurado pela Constituição Federal (art. 9º) aos trabalhadores, aos quais compete "decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender", e que, segundo a lei (Lei n. 7.783, de 1989, art. 7º), obser-

12. *Lecciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2. ed., Buenos Aires, Coloquio, 1975, p. 158.

vadas as formalidades exigidas, "suspende o contrato individual de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho"; b) as suspensões coletivas dos contratos de trabalho por *acordo com o sindicato* em períodos de crise da empresa para evitar o desemprego — OIT — Organização Internacional do Trabalho, Convenção n. 168, sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego, 75ª Reunião, 1988, em vigor no plano internacional em 17 de outubro de 1991 e no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 89, de 10 de dezembro de 1992, do Congresso Nacional, ratificada em 24 de março de 1993, com vigência em 24 de março de 1994, prevista pela lei da Espanha, pelo Estatuto dos Trabalhadores (art. 47), ao dispor sobre a suspensão do contrato de trabalho por causas técnicas, econômicas, organizativas, de produção ou derivadas de força maior, da Itália (L. 5.55, 1968, art. 2), que regulamenta a redução dos horários de trabalho durante crises econômicas da empresa, da Argentina (Lei do Contrato de Trabalho, art. 238 e Lei Nacional de Emprego, de 1992, art. 98), que a admite em casos de força maior, causas econômicas ou tecnológicas e do Brasil (CLT, art. 476-A), para evitar dispensas coletivas, desde que previstas por acordo ou convenção coletiva de trabalho e aquiescência formal do empregado, por período de dois a cinco meses, asseguradas, aos empregados, as vantagens previstas no instrumento coletivo, entre as quais uma ajuda compensatória mensal sem natureza salarial de valor definido pelas partes, e um programa de requalificação profissional.

— De *fonte formal ou legal e convencional ou judicial*.

De *fonte legal*, quando se trata de alterações previstas na lei, que são:

— o afastamento em virtude das exigências do serviço militar ou de outro encargo público (CLT, art. 472);

— a suspensão do contrato decorrente da concessão de aposentadoria por invalidez até a recuperação da capacidade de trabalho ou transformação em definitiva (CLT, art. 475);

— a licença em caso de doença com a concessão do auxílio-doença pelo INSS (CLT, art. 476 e Lei n. 8.213, de 1991, art. 60);

— a suspensão coletiva por acordo com o sindicato para requalificação profissional (CLT, art. 476-A);

— a paralisação temporária do trabalho em decorrência de ato do Estado (CLT, art. 486);

— a licença-gestante (CF, art. 7º, XVIII, e CLT, art. 392) de 120 dias, sem prejuízo do salário, favorecendo, também, a mãe adotiva ou que tiver guarda judicial para fins de adoção de criança de até 1 (um) ano de idade, com duração variável inferior conforme a idade da criança adotada;

— férias (CF, art. 7º, XVII; Lei n. 11.770, de 2008);

— os afastamentos decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional (CLT, art. 476 e Lei n. 8.213, de 1991, art. 86).

De *fonte convencional* são as suspensões previstas em convenção coletiva de trabalho ou pelo contrato individual de trabalho, sendo exemplo as cláusulas de acordo coletivo entre a empresa e o sindicato, em que a primeira compromete-se a liberar certo número de empregados para estudos ou treinamento ou anuir com as ausências dos empregados estudantes durante a semana de provas na Faculdade. Podem caracterizar-se também como suspensões do contrato de trabalho de origem convencional as que são previstas em regulamento de empresa. O contrato individual de trabalho também é fonte de que podem resultar faltas justificadas, de modo expresso, quando prevê a hipótese, ou tácito, quando o empregador remunera a falta, com o que a justifica. Quando as partes ajustarem, o termo final do contrato a prazo ficará, com a suspensão, modificado, não se computando na duração do contrato o período do afastamento (CLT, art. 472, § 2º).

De *origem judicial* são as suspensões do contrato individual de trabalho resultantes de sentenças normativas proferidas em dissídios coletivos ou o afastamento do empregado para responder a inquérito judicial por falta grave (CLT, art. 494).

Quanto ao *interesse visado*, o contrato individual de trabalho pode ser suspenso por motivo do empregado (ex., doença, licença para fins particulares etc.), do empregador (ex., férias coletivas ou suspensão disciplinar de até 30 dias — CLT, art. 474), de ambos (ex., compensação de dias) ou de nenhum (ex., acontecimentos políticos), aqui entendido interesse no sentido imediato trabalhista.

Quanto à *duração*, prolongada, como na licença-doença por dois anos, ou curta, como nas faltas justificadas ao serviço. Justificadas são

as faltas que o empregado, por lei, convenção coletiva de trabalho, regulamento de empresa ou contrato individual de trabalho, pode dar, sem prejuízo da remuneração e dos demais direitos.

Por lei, são justificadas as seguintes faltas (CLT, art. 473):

— até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou dependente econômico, estes declarados em Carteira de Trabalho e Previdência Social;

— até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento;

— por um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana[13];

— por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, havendo doação voluntária de sangue devidamente comprovada;

— até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor;

— no período necessário para alistamento militar;

— nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior;

— para comparecimento do empregado em juízo;

— por motivo de doença, comprovada com atestado do médico da empresa, ou, em sua falta, do médico da entidade de assistência médica com a qual o empregador tiver convênio, ou, na falta de ambos, do médico do INSS (Lei n. 8.213, de 1991, art. 60, § 4º).

Não há, na lei, diferença entre falta justificada e abonada. Se a falta é justificada, o empregado receberá a remuneração do dia, ou dos dias, bem como a remuneração do repouso semanal, não sofrendo, igualmente, qualquer desconto de dias de duração de férias. Se, no entanto, a falta é injustificada, todas as consequências acima mencionadas ocorrerão legalmente.

Quanto aos *efeitos*, a suspensão do contrato individual de trabalho excluirá alguns direitos ou todos os direitos, dependendo do motivo que a determinou.

---

13. A Constituição Federal de 1988, arts. 7º, XIX, e 10, § 1º, das Disposições Transitórias, criou a licença-paternidade com a duração de 5 dias.

Por exemplo, o *serviço militar* desobriga o empregador do pagamento dos salários, mas continua a obrigação do recolhimento dos depósitos do FGTS na conta bancária do empregado, apesar de indevidos os salários.

Capítulo XVI

Extinção da relação de emprego

§ 80. Extinção por iniciativa do empregado

Sumário: 1. Pedido de demissão. 2. A aposentadoria e a extinção do contrato. 3. Complementação de aposentadoria.

1. Pedido de demissão

O vínculo de emprego extingue-se por iniciativa do empregado com o *pedido de demissão*, caso em que não terá direito de movimentar nessa oportunidade os depósitos do FGTS, que serão transferidos para a agência bancária com a qual o seu novo empregador operar.

O empregado que pede demissão deve dar aviso prévio ao empregador e, se não o fizer, perde o direito aos salários do respectivo período, podendo o empregador reter o saldo de salário para se compensar.

Ao demissionário, apesar do bloqueio do Fundo de Garantia, será pago o 13º salário proporcional, nos termos do art. 1º da Lei n. 4.090, fixando-se a jurisprudência nesse sentido, na conformidade da STST n. 157. O empregado que pedir demissão antes de completar 12 meses de emprego terá, também, direito às férias proporcionais por força da diretriz estabelecida pela Convenção n. 132 da OIT, ratificada pelo Brasil.

O pedido de demissão vem sendo, na prática, substitutído pelo pedido do empregado para que o empregador o despeça sem justa causa para com isso levantar os depósitos do FGTS, o que não seria possível no pedido de demissão.

A prática configura uma simulação. Torna-se, em alguns casos, perigosa quando as partes combinam que o empregado abrirá mão da

multa do FGTS. Como nesse caso haveria problemas de homologação dos pagamentos, oficialmente, no papel, figura o pagamento que na realidade não foi efetuado, o que pode transformar um caso trabalhista em penal por falsidade ideológica do documento, para a qual ambas as partes contribuíram.

O meio de evitar esse problema seria a modificação da lei do FGTS para permitir o saque dos depósitos no pedido de demissão, hipótese que não é aceita pelo governo, porque este parte da equivocada premissa de que haveria um incentivo aos saques em detrimento das forças financeiras disponíveis do FGTS.

Todavia, os depósitos não pertencem ao governo mas ao empregado. O governo, pela Caixa Econômica Federal, é simples gestor do fundo. Não tem sentido, portanto, proibir o empregado de sacar o dinheiro que é seu porque pediu demissão de um emprego.

2. A aposentadoria e a extinção do contrato

Tradicionalmente, sempre se entendeu que a *aposentadoria* rescinde o contrato quando o empregado, ao obter a sua concessão pela instituição previdenciária, desliga-se do emprego, passando a ser inativo ou, ainda que permaneça no mercado de trabalho, a trabalhar para outro empregador. Porém o problema surgiu diante das situações em que o aposentado continua, após a concessão da aposentadoria voluntária, a trabalhar para o mesmo empregador.

Não há obrigatoriedade de o trabalhador, aposentado por idade, tempo de serviço ou aposentadoria especial, desligar-se do trabalho solicitando rescisão contratual.

Contudo, se permanece na mesma empresa após a jubilação, criou-se um problema jurídico para o qual há respostas divergentes. O tema estava pacificado. Voltou a ser discutido com a liminar em cautelar concedida pelo Ministro Ilmar Galvão, do STF (ADIn 1.721/DF, Requerente PT, PDT e PCdoB e Requerido Presidente da República e Congresso Nacional, AC, *DJ*, 11 abr. 2003), que suspende a eficácia do § 2º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97.

A decisão acima indicada é a seguinte:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA MP N. 1.596-14/97 (CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97), NA PARTE EM QUE INCLUIU § 2º NO ART. 453 DA CLT. ALEGADA OFENSA À CONSTITUIÇÃO. O direito à estabilidade no emprego cedeu lugar, com a Constituição de 1988 (art. 7º, I), a uma proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consistente em uma indenização compensatória, entre outros direitos, a serem estipulados em lei complementar. A eficácia do dispositivo não ficou condicionada à edição da referida lei, posto haver sido estabelecida, no art. 10 do ADCT, uma multa a ser aplicada de pronto até a promulgação do referido diploma normativo (art. 10 do ADCT), havendo-se de considerar arbitrária e sem justa causa, para tal efeito, toda despedida que não se fundar em falta grave ou em motivos técnicos ou de ordem econômico-financeira, a teor do disposto nos arts. 482 e 165 da CLT. O diploma normativo impugnado, todavia, ao dispor que a aposentadoria concedida a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço (aposentadoria proporcional por tempo de serviço) importa extinção do vínculo empregatício — efeito que o instituto até então não produzia —, na verdade, outra coisa não fez senão criar modalidade de despedida arbitrária ou sem justa causa, sem indenização, o que não poderia ter feito sem ofensa ao dispositivo constitucional sob enfoque. Presença dos requisitos de relevância do fundamento do pedido e da conveniência de pronta suspensão da eficácia do dispositivo impugnado. Cautelar deferida" (ADIn (MC) 1.721/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19-12-1997, *DJ*, 11 abr. 2003).

Houve julgamento de mérito dessa ADIn em 2006:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da 'relevância e urgência' dessa espécie de ato normativo. 2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por fina-

lidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade. 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n. 9.528/97" (ADIn 1.721/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 11-10-2006, Tribunal Pleno, publ. *DJE*-047, divulg. 28-6-2007, *DJ*, 29-6-2007).

Mencione-se, também no STF, a ADIn 1.770-MC/DF, Relator Min. Moreira Alves:

"Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do artigo 453 da CLT na redação dada pelo artigo 3º da Lei 9.528, de 10-12-97, e do artigo 11, *caput* e parágrafos, da referida Lei. Pedido de liminar. — No tocante ao artigo 11 da Lei 9.528/97, não é de conhecer-se a ação direta, porquanto, tratando de norma temporária cujos prazos nela fixados já se exauriram no curso deste processo, perdeu a referida ação o seu objeto. — Quanto ao § 1º do artigo 453 da CLT, na redação dada pelo

artigo 3º da Lei 9.528/97, ocorre a relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade, bem como a conveniência da suspensão de sua eficácia pelas repercussões sociais decorrentes desse dispositivo legal. Pedido de liminar que se defere, para suspender, *ex nunc* e até decisão final, a eficácia do § 1º do artigo 453 da CLT na redação que lhe deu o artigo 3º da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997" (STF, ADIn 1.770-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14-5-1998, Tribunal Pleno, *DJ*, 6-11-1998).

Em resumo, o art. 453 fixou duas diretrizes principais: a impossibilidade de unir o tempo de serviço anterior e o posterior à aposentadoria do empregado que se aposenta e continua na mesma empresa; o efeito extintivo do vínculo de emprego daquele que se aposenta antes de completar 35 anos de serviço, se homem, ou 30, se mulher. O critério da lei tem por fim beneficiar o aposentado. É que se pretende ficar no mesmo emprego, mas, se o tempo anterior à aposentadoria é somado ao subsequente, a unificação dos dois tempos eleva o ônus da empresa no futuro despedimento (o acréscimo de 40% do FGTS é indevido na aposentadoria, mas será devido na dispensa futura; haverá dispensa futura porque o aposentado não receberá uma segunda aposentadoria e só sairá da empresa se for despedido).

Vê-se, portanto, que a lei beneficia o aposentado na perspectiva de sua continuidade no mercado de trabalho. Com a liminar concedida na referida ação, a empresa não permitirá que o aposentado nela continue e providenciará, imediatamente, tão logo tenha ciência de que ele obteve aposentadoria espontânea, o seu desligamento por força da aposentadoria.

Não obstante seu cancelamento, o tema, no âmbito do próprio TST, ainda não está inteiramente sedimentado. Com efeito, decisões do próprio TST, mesmo após 30 de outubro de 2006, ainda sustentam a tese de que a aposentadoria espontânea é, sim, causa extintiva do contrato de trabalho.

Os fundamentos para esse entendimento, basicamente, são dois. O primeiro fundamento é o de que o *caput* do artigo 453 da CLT, que também menciona a aposentadoria espontânea, não foi objeto da mencionada ADIn, do que se depreende que se encontra em pleno vigor.

O segundo fundamento decorre de uma interpretação mais sistemática (e menos literal) da situação abrangida pela lei, propondo uma

conciliação entre as vontades do empregador e do empregado, já que a permanência do trabalhador aposentado, mais experiente, na empresa, é de interesse do empregador, desde que não lhe acarrete, evidentemente, encargos excessivos (no caso, o cômputo da integralidade do período contratual para fins de cálculo da multa de 40% do FGTS).

Ilustre-se com a decisão abaixo:

"APOSENTADORIA — MULTA DE 40% DO FGTS RELATIVA AO PERÍODO ANTERIOR À JUBILAÇÃO — INTELIGÊNCIA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADINS N. 1.770/DF e 1.721/DF. É preciso que o julgador tenha a exata dimensão do conflito de interesses e suas repercussões nas esferas jurídicas dos contendores, e procure, sempre que possível, decidir atento à possibilidade de compatibilizá-los, evitando, assim, gravames que possam comprometer o equilíbrio da relação de direito. Estou convencido de que, na aposentadoria voluntária, há dois interesses jurídicos dos mais relevantes que não se contrapõem, mas, ao contrário, podem e devem coexistir. Com efeito, se é certo que ao empregador interessa manter, em seus quadros, aquele profissional experiente e que poderá contribuir ainda mais eficazmente para o objetivo do seu empreendimento, não menos verdadeiro que ao empregado, que ainda está em sua plena capacidade de trabalho, e talvez até muito mais apto profissionalmente, interessa sobremaneira a preservação de seu emprego. Há nítida identidade de vontades que precisa ser prestigiada com o menor ônus possível para as partes. Por isso mesmo, e ainda atento ao fato de que, lamentavelmente, ainda vivemos em um País de grande número de desempregados, a preservação do emprego não deve acarretar maiores encargos, além daqueles que, normalmente, já são impostos aos empregadores, razão pela qual creio que a imposição de multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, relativos ao período anterior à jubilação, constitui encargo que fere o equilíbrio dos interesses em jogo e, por isso mesmo, deve ser afastada. Inexiste, *data venia*, incompatibilidade entre o fato de se considerar a relação empregatícia única, após a aposentadoria, com a permanência do empregado na empresa, e a solução ora proposta. Na verdade, o empregado que permanece no emprego, após jubilado, o faz em função de uma peculiaridade que gera uma relação jurídica contratual com características próprias, específicas, que demanda um tratamento que, con-

soante já sublinhado, procure preservar essa nova realidade, mitigando os interesses em conflito. O *caput* do art. 453 da CLT, ao tratar da soma do período de trabalho, em função da aposentadoria, refere-se, realmente, àquele empregado que for readmitido, o que pressupõe desligamento e posterior retorno ao mesmo empregador. Ora, como sabemos, a interpretação literal não é a das mais adequadas e quase sempre não é o melhor caminho para a solução da lide. É preciso que o aplicador da lei procure, sempre que possível, extrair do texto normativo a interpretação que melhor compatibilize os interesses conflitantes. Como já exposto, há interesses de empregado e empregador na manutenção da relação de emprego, com a permanência do jubilado na empresa, de forma que é preciso extrair do art. 453, *caput*, da CLT, a interpretação que mais se ajuste a essa nova e peculiar relação jurídica. Trata-se de uma interpretação rigorosamente atenta à justiça e à equidade, de forma a se obter o verdadeiro sentido da norma, de interesse de ambas as partes. Acrescente-se a esse quadro o fato de que, à semelhança do que ocorria, e ainda ocorre, em relação aos empregados que têm tempo de serviço anterior à opção, ou que não optaram pelo regime do FGTS, nunca foi devida a indenização dos arts. 477 e seguintes da CLT, na aposentadoria voluntária, daí por que é, *data venia*, razoável que seja dado o mesmo tratamento aos empregados optantes, em idêntica situação, porque ambos os institutos, indenização-antiguidade e FGTS, guardam absoluta identidade jurídica em seus fins (Súmula n. 98, I, do TST). Finalmente, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar as ADINs n. 1.770 e 1.721, decidiu que a inconstitucionalidade foi apreciada tão somente em relação aos §§ 1º e 2º do art. 453, e não sobre o *caput* do dispositivo. E, nesse contexto, o Ministro Sepúlveda Pertence negou seguimento à reclamação, acompanhada de pedido de liminar, que a reclamante ajuizou contra decisão da 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis, que, amparada no art. 453 da CLT e na Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI-1 do TST, julgou extinto o contrato de trabalho com a reclamada, por força de aposentadoria voluntária da reclamante, e improcedente o pedido (Rcl 4.763/SC, decisão monocrática publicada no *DJU* de 14-11-2006, pág. 73). Embargos de declaração acolhidos para prestar esclarecimentos" (TST, ED-AIRR, 101027/2003-900-04-00, 4ª T., Rel. Min. Milton Moura França, *DJ,* 9-2-2007).

No STF, a grande maioria das decisões propugna que a aposentadoria espontânea não pode ser considerada causa extintiva do contrato individual de trabalho, tendo em vista o julgamento em definitivo das ADIns 1.770 e 1.721. Há, pois, divergência entre STF e TST no que se refere ao tema. No TST, a mais alta corte trabalhista, colhem-se decisões no sentido de que o *caput* do art. 453 ainda está em vigor, de modo que a multa de 40% do FGTS incidirá apenas sobre o período anterior à jubilação.

Há decisões do STF como as seguintes:

"Reclamação: alegação de desrespeito dos julgados do Supremo Tribunal nas ADIns 1.770-4 (Moreira Alves, *DJ* 6-11-98) e 1.721-3 (Galvão, *DJ* 11-4-2003): improcedência. 1. A decisão reclamada, com base na OJ 177, da SDI-1, do Tribunal Superior do Trabalho, aplicou o *caput* do art. 453 da CLT, para considerar extinto o contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea. 2. As decisões das ações diretas invocadas não cuidaram do *caput* do art. 453, CLT, não impugnado. 3. Não há desrespeito à decisão vinculante do Supremo Tribunal se o paradigma normativo invalidado é diverso do dispositivo legal aplicado ao caso pela autoridade reclamada. Precedentes. 4. Ademais, a discussão acerca da interpretação do *caput* do art. 453 da CLT ou do teor da OJ 177-SDI-1/TST extrapola os limites da via processual eleita" (STF, Rcl-AgR 3.940/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23-2-2006, Tribunal Pleno, *DJ*, 24-3-2006, p. 00007). "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI-1), viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal. 2. Precedentes: ADI 1.721-MC, ADI 1.770-MC e RE 449.420. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 463.629/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14-11-2006, 2ª T., *DJ*, 23-3-2007, p. 00141).

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO — APOSEN-

TADORIA ESPONTÂNEA — EXTINÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO — CONSEQUÊNCIA QUE NÃO RESULTA, NECESSARIAMENTE, DA OUTORGA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM QUESTÃO — MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — REMESSA DOS AUTOS AO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, PARA EFEITO DE CONCLUSÃO DO JULGAMENTO — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A aposentadoria espontânea, por si só, não causa, necessariamente, a extinção do contrato individual de trabalho, pois, havendo continuidade em sua execução, inexiste ruptura do vínculo laboral, tornando-se impróprio, desse modo, falar-se em readmissão, apenas suscetível de reconhecimento, se o trabalhador aposentado houver encerrado, em caráter definitivo, a precedente relação de trabalho e iniciado outra, na empresa, em momento posterior ao da concessão do benefício previdenciário em referência. Precedentes. Afastada a premissa de ocorrência, no caso, de extinção do contrato individual de trabalho, cabe, à Justiça do Trabalho (TST), concluir o julgamento da causa, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes" (STF, RE-ED 497.370-SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13-11-2007, 2ª T., *DJ*, 7-12-2007, p. 00097).

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO — APOSENTADORIA ESPONTÂNEA — EXTINÇÃO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO — CONSEQUÊNCIA QUE NÃO RESULTA, NECESSARIAMENTE, DA OUTORGA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM QUESTÃO — MAGISTÉRIO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL — REMESSA DOS AUTOS AO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, PARA EFEITO DE CONCLUSÃO DO JULGAMENTO — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A aposentadoria espontânea, por si só, não causa, necessariamente, a extinção do contrato individual de trabalho, pois, havendo continuidade em sua execução, inexiste ruptura do vínculo laboral, tornando-se impróprio, desse modo, falar-se em readmissão, apenas suscetível de reconhecimento, se o trabalhador aposentado houver encerrado, em caráter definitivo, a precedente relação de trabalho e iniciado outra, na empresa, em momento posterior ao da concessão do bene-

fício previdenciário em referência. Precedentes. Afastada a premissa de ocorrência, no caso, de extinção do contrato individual de trabalho, cabe, à Justiça do Trabalho (TST), concluir o julgamento da causa, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes" (STF, RE-ED 49.7412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13-11-2007, 2ª T., *DJE*-162, divulg. 13-12-2007, *DJ*, 14-12-2007).

"Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho. 1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, *caput*, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. 2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão. 3. Precedentes (ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128; RE 449.420, Pertence, *DJ* 14-10-2005)" (STF, AI-AgR 565.894/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-5-2006, 1ª T., *DJ*, 10-11-2006 p. 00051).

"I. Recurso extraordinário: admissibilidade: acórdão recorrido fundado no Enunciado 363 e na Orientação Jurisprudencial 177, do Tribunal Superior do Trabalho, de conteúdo constitucional. II. Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho. 1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, *caput*, da CLT (redação alterada pela L. 6.204/75), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. 2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu

trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão. 3. Precedentes: ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, RTJ 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, RTJ 168/128; RE 449.420, 1ª Turma, 16-8-2005, Pertence, *DJ* 14-10-2005" (STF, AI-AgR 519669/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21-3-2006, 1ª T., *DJ*, 19-5-2006, p. 00017).

A questão ainda não se encontra devidamente pacificada no TST, que é a mais alta Corte Trabalhista. Entendemos que o art. 453, *caput,* da CLT, que elege a aposentadoria como uma causa extintiva do contrato de trabalho, encontra-se em pleno vigor, justamente por não estar abrangido pelos efeitos da ADIn, e, ainda, que não se encontra eivado de inconstitucionalidade. É precisamente este ponto — enfrentado por algumas decisões do TST — que deve ser objeto de debate menos precipitado: o "efeito perverso" da tese da inconstitucionalidade do art. 453 da CLT, sob o pretexto de supostamente proteger os trabalhadores que se aposentam. É que se o trabalhador recém-aposentado pretende ficar no mesmo emprego, a unificação dos dois tempos (anterior e posterior à jubilação) eleva o ônus da empresa no futuro despedimento. O acréscimo de 40% do FGTS, indevido como se sabe na aposentadoria, será devido na dispensa futura; e haverá dispensa futura porque o aposentado não receberá uma segunda aposentadoria e só sairá da empresa se despedido. Vê-se, portanto, que a lei, na perspectiva da continuidade do empregado no mercado de trabalho, beneficia o aposentado, ausente, pois, inconstitucionalidade no artigo 453, *caput*, da CLT.

3. Complementação de aposentadoria

Outra dúvida é a complementação da aposentadoria.

Examinada quanto à sua função, indevida é a complementação de aposentadoria quando o empregado continua na mesma empresa *sem prejuízo dos salários que vinha percebendo. Nesse caso, nada há a complementar*.

Complementar significa completar, pagar a diferença entre o que o empregado recebe da Previdência Social e o que estaria recebendo caso permanecesse em serviço, para que não sofra diminuição no ganho mensal. Ora, se não há diferença a ser paga porque o empregado preferiu continuar trabalhando para a mesma empresa com os mesmos salários, a exigibilidade de pagamento de diferenças fica sem causa jurídica que a fundamente. Não há diferença negativa entre o que o trabalhador está ganhando e o que recebe da previdência. Ao contrário, passará a ganhar a aposentadoria mais os salários que já vinha percebendo. Logo, a complementação fica sem a sua função, que é preservar o nível econômico do empregado diante dos benefícios previdenciários devidos por lei em valores menores.

§ 81. Extinção por iniciativa do empregador, de ambas as partes ou decorrente de ato ou fato de terceiro

Sumário: 1. Dispensa do empregado. 2. Dispensa indireta. 3. Extinção por iniciativa de ambos. 4. Extinção decorrente de ato de terceiro ou fato.

1. Dispensa do empregado

A relação de emprego extingue-se por ato do empregador com a *dispensa do empregado*, que será com ou sem justa causa, esta implicando a redução dos seus direitos, suprimidas as "verbas rescisórias".

Será também de iniciativa do empregador a ruptura do contrato decorrente da extinção deliberada da empresa.

No ordenamento jurídico europeu a extinção da empresa por motivo econômico configura justa causa objetiva para a extinção do contrato de trabalho dos empregados.

O direito brasileiro não conhece a figura da justa causa objetiva, que é a decorrente de motivos pertinentes à esfera da empresa — e não do trabalhador —, como os de natureza econômica, técnica e de reorganização empresarial.

2. Dispensa indireta

Denomina-se dispensa indireta aquela que tem como motivo um fato ocorrido na empresa e que torna, para o empregado, insuportável

a continuidade do vínculo de empresa. É nesse sentido que a CLT, no art. 483, elenca as figuras de justa causa praticadas pelo empregador e que, uma vez ocorridas, permitem que o empregado, se assim decidir, ingresse com ação de dispensa indireta na Justiça do Trabalho contra o empregador. Caso a ação seja procedente, terá assegurados todos os direitos rescisórios, como se tivesse sido dispensado sem justa causa.

3. Extinção por iniciativa de ambos

Cessa o contrato, por iniciativa de ambas as partes, com o *acordo*.

Incorrendo empregado e empregador em *culpa recíproca*, também poderá ser rescindido o contrato; na culpa recíproca, ambos concorrem para a ruptura. A jurisprudência resumida na STST n. 14 dispõe que, "reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (CLT, art. 484), o empregado tem direito a 50% do valor do aviso prévio, do 13º salário e das férias proporcionais". O pagamento direto do acréscimo devido pelo empregador sobre o valor dos depósitos do Fundo de Garantia é reduzido pela metade.

4. Extinção decorrente de ato de terceiro ou fato

Término do contrato a prazo é a extinção da relação de emprego pelo fato de atingir o termo final ajustado pelas partes no seu início, hipótese que não se confunde com rescisão antecipada; é indevido aviso prévio no término do contrato pelo decurso do prazo.

A *extinção da empresa por ato do governo* provocando a paralisação definitiva do negócio transferirá a responsabilidade pelas verbas rescisórias que o empregador pagaria diretamente ao Poder Público, figura que tem o nome de *factum principis*.

A *morte do empregado* faz com que os dependentes se habilitem ao levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia, transferindo-se o direito aos pagamentos de natureza salarial e aqueles sobre os quais o *de cujus* tinha direito adquirido, como as férias vencidas indenizadas.

§ 82. Dispensas individuais

Sumário: 1. Definição. 2. Concepção clássica. 3. Natureza, forma e reconsideração. 4. A fragilidade do sistema brasileiro. 5. Disciplina jurídica da dispensa. 6. Estabilidade no emprego. 7. Aviso prévio. 8. Indenização. 9. Homologação dos pagamentos na rescisão do contrato. 10. Falência e recuperação de empresas.

1. Definição

Um dos temas que maior atenção devem merecer em nosso direito do trabalho é a ruptura do contrato individual pelo empregador.

A perda do emprego tem uma dimensão que transcende a esfera jurídica. Atinge a subsistência de uma pessoa, de sua família e de seus dependentes econômicos.

Assim, não pode ser disciplinada segundo um princípio de plena liberdade de uma das partes, o empregador, porque o uso indiscriminado do poder de despedir pode assumir proporções que afetam o sentido de Justiça Social, valor fundamental que deve presidir as relações individuais e coletivas de trabalho.

Dispensa é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado.

Classifica-se, na teoria, em: a) quanto à *causa* — dispensa *com* e *sem causa*, aquela subdividindo-se em dispensa *com causa justa* ou *sem causa justa*; b) quanto à *forma* — em dispensa *informal* e *formal*, esta dividindo-se em dispensa *com procedimento* ou *sem procedimen-*

to; c) quanto ao *controle* — em dispensa *sem* e *com controle*, e este será *administrativo*, *judicial* ou *profissional*; d) quanto aos *efeitos* jurídicos — será dispensa *válida* e dispensa *nula*, esta, por sua vez, *com* ou *sem reintegração* no emprego; e) quanto ao *número de empregados* — será *individual* ou *coletiva*; f) quanto aos *direitos do empregado* — será *indenizada* ou *não indenizada*.

2. Concepção clássica

Adquiriu certa relevância, tanto que é repetida em nossa época, a teoria segundo a qual a dispensa do empregado é direito potestativo do empregador. Assim, o patrão tem o direito de rescindir o contrato de trabalho unilateralmente, com ou sem motivo, segundo o seu livre critério, porque o ato jurídico reveste-se de caráter absoluto, não comportando oposições, quer do empregado, quer da autoridade pública.

A propriedade privada da empresa é o fundamento maior de que se utiliza tal concepção, de modo que, sendo o patrão o proprietário dos bens e meios de produção e da organização dos serviços, não cabe às leis criar-lhe dificuldades para o livre exercício do comércio e da indústria, liberdade que ficaria comprometida caso algum tipo de interferência viesse a ser exercido sobre a sua disponibilidade.

A liberdade de trabalho, interpretada erroneamente como liberdade absoluta para ambos os contratantes, também se prestou para as fundamentações que reforçaram a tese da rescisão unilateral do contrato como ato potestativo do empregador, como teria de ser, também, do empregado.

Essas ideias é que levaram Adolpho Lima[1] a dizer que "cada uma das partes deve ser independente e ter o direito de a todo tempo poder rescindir o contrato que contraiu. Conservando a máxima liberdade em rescindir o contrato pronta e facilmente, podem as partes acompanhar o progresso e transformar o contrato, adaptando-o às circunstâncias do momento, e lutar energicamente a favor de melhoria de situação". Diga-se, no entanto, que, mesmo à luz dessas ideias, Adolpho Lima

1. *Estudos de economia social*; o contrato de trabalho, Lisboa, José Bastos, 1909, p. 195.

reconhecia que "o despedimento *ex abrupto* é a fome, é a miséria de uma família, porquanto na organização atual difícil é encontrar trabalho, dada a pletora de braços existentes". Fazia-o, no entanto, propugnando pela adoção da figura do aviso prévio nos ordenamentos jurídicos: "a falta de aviso prévio, na atual situação em que vive o operário, redunda portanto em funestíssimas consequências". São de merecer realce, ainda, as suas afirmações seguintes: "A situação do patrão é muito outra. É mais desafogada. A saída de um operário causa menos dano ao patrão do que o despedimento causa ao operário. Numa grande oficina a saída de um operário não causa grande transtorno e até pode ser, não raras vezes, um caso indiferente, porquanto, no atual regime da sociedade, há sempre uma multidão de desocupados prontos a, avisadamente, tomar o lugar de um camarada despedido"[2].

Se essa foi a posição do jurista luso, não difere, ao conceber o ato da rescisão pelo empregador como direito potestativo, o pensamento do jurista Fernández Gianotti, desenvolvido em *Concepto jurídico del despido*[3], no qual classifica a dispensa entre os direitos potestativos cancelatórios, considerando-a um "ato jurídico unilateral, receptício, que faz cessar para o futuro os efeitos do contrato de trabalho de duração indeterminada".

Mais importante que enumerar outros exemplos é a análise da teoria.

Compreende a rescisão contratual de iniciativa do empregador como direito potestativo. Ora, estes, os direitos potestativos, são, como ensinam Aftalión, Olano e Vilanova[4], "direitos sobre a pessoa de outro, são os que se exercem sob a forma de autoridade de um indivíduo em relação a outro e à administração dos bens que lhe pertencem. Nessa categoria de direitos encontram-se o poder marital exercido pelo marido sobre a mulher, o pátrio poder exercido pelos pais sobre os filhos menores de idade, a tutela, exercida por um terceiro, o tutor, sobre menores de idade não submetidos ao pátrio poder por extinção, perda

2. *Estudos de economia social*, cit., p. 195.

3. *Sup. Bol. Fac. Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1944.

4. *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, p. 271.

ou suspensão deste, e a curatela, exercida em princípio por uma pessoa (o curador), sobre maiores de idade que caem em incapacidade (os dementes por exemplo)".

É fácil ver que o empregado, por ser empregado e enquanto tal, não deve ser juridicamente equiparado ao demente, ao menor, à esposa legalmente constrangida, como se fosse incapaz. Se o fosse, certamente não seria o empregador a pessoa indicada para, a exemplo do pai, do tutor e do curador, zelar para que os seus direitos tivessem plena execução. Os interesses entre o empregador e o empregado, manifestamente contrapostos, impedem tal conceituação. Desse modo, parece-me irrefletida qualquer tentativa de atribuir ao ato de dispensa do empregado a natureza de direito potestativo do empregador. O empregador não pode ter um poder absoluto, *erga omnes*, uma autoridade inoponível sobre o empregado, para despedi-lo, sem que alargada de modo indesejável e impróprio a noção de direito potestativo, já por si merecedora de limitações.

A concepção clássica traz, como uma das suas consequências, a ideia de que há uma igualdade formal entre as partes contratantes. Nesse caso, empregado e empregador, encontrando-se numa posição de paridade e resultante de uma simetria, devem ter o mesmo tipo de tratamento jurídico na rescisão do contrato de trabalho. Nada justificaria, a prevalecerem esses pressupostos, favorecimentos ou limitações legais para um ou outro. Ambos, indistintamente, devem ser vistos como sujeitos de um vínculo no qual ocupam a mesma posição. Segue-se que a rescisão contratual deve oferecer a ambos idênticas oportunidades e dificuldades. Não caberia dispensar ao empregador a não ser o mesmo tipo de disciplina jurídica que a permitida ao empregado, e como a este não pode ser negada a liberdade de rescindir o contrato, resulta que ao empregador o mesmo critério prevalecerá.

Nota-se que a teoria da igualdade formal entre as partes do contrato de trabalho representa, em termos históricos, uma evolução, apesar das restrições que hoje recebe. Antes dela, havia uma concepção assimétrica, porém em favor do empregador e de modo a dificultar a rescisão do contrato pelo empregado. Algumas leis impunham penalidades ao empregado que pretendesse rescindir o contrato sem aviso prévio ao empregador. É o caso, na Inglaterra, do *Master and Servant*

Act de 1867, que pune com prisão o rompimento do contrato pelo operário quando o realiza com a circunstância de pôr em perigo "a vida ou a propriedade alheia", sendo elástico e impreciso este último conceito. A Lei russa de 3 de junho de 1886 estabelece a pena de um mês de prisão para o operário que violar o seu compromisso. A Lei húngara de 1898 fixa a pena de 60 dias, no máximo, de prisão para os trabalhadores agrícolas que romperem o seu contrato com o patrão. Partiu-se, desse modo, do pressuposto de que não poderia o patrão ficar à mercê do trabalhador, sem se indagar se este poderia ser dispensado do emprego a qualquer momento e o que poderia representar para si e sua família o desemprego.

Da assimétrica posição favorável ao empregador passou-se à igualdade formal entre as partes contratantes, trazendo essas novas ideias, como efeito, a reciprocidade do aviso prévio, com duração igual para empregado e empregador, ainda mantida no Direito brasileiro, embora afastada de sistemas jurídicos modernos que, distanciando-se da teoria da igualdade formal, disciplinam diversamente os ônus do empregador nas rescisões contratuais, aumentando-os.

É fácil compreender que, na primeira fase do direito do trabalho, as suas instituições estavam em elaboração, sendo difícil encontrar, como até hoje, estruturas perfeitamente definidas e claras sobre os seus diversos institutos e figuras.

Talvez seja exagerado falar em sistemas jurídicos de dispensa do empregado na época em que prevaleceu a concepção clássica, salvo para fins didáticos.

Tornam-se mais bem conhecidos os sistemas por meio das leis que foram promulgadas no período, se reunidas as que correspondem mais de perto às ideias que a doutrina acolhia.

Prestam-se para esse fim a *common law*, expressão máxima do liberalismo nos contratos de trabalho, a *Louage de Service* da França, na qual ganhou realce a teoria do abuso do direito, até hoje repetida, e o *recesso ad nutum* da Itália, que põe em destaque a natureza fiduciária da relação de emprego e, apesar de distinguir entre a ruptura de iniciativa do empregado e do empregador, prende-se à noção de dispensa como direito potestativo do empresário.

3. Natureza, forma e reconsideração

São próximos, embora não coincidentes, os estudos sobre a natureza jurídica do ato de despedir o empregado e a natureza da declaração de vontade do empregador ao despedi-lo. Mas são muito próximos os dois planos, a dispensa em si e a declaração de vontade que a objetiva, ambas, a meu ver, um ato jurídico constitutivo diante do seu objetivo direto, que é o de pôr fim à relação de emprego, desconstituindo-a mediante a iniciativa patronal, que produzirá, quando permitida pela lei, todos os efeitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, o que não significa que sempre o empregador terá o poder de despedir o empregado.

Basta lembrar a proibição da dispensa imotivada ou sem justa causa em determinadas situações, nas quais uma das condições da eficácia do ato de despedir é a inexistência de proteção ao empregado por meio da garantia da continuidade do vínculo, como nos casos de dirigentes sindicais, gestantes e outros tantos, nos quais um interesse social maior se sobrepõe, retirando o caráter potestativo do ato patronal presente quando nenhum óbice legal ou convencional o impede.

A declaração de dispensa age direta e imediatamente sobre o empregado atingido, o que não quer dizer que os seus efeitos resultem da vontade do empregador que despede, por se tratar de uma forma de manifestação de vontade cujos efeitos estão previstos e ordenados rigidamente por lei ou convenções coletivas e não dependem exclusivamente do querer do empregador ou por este são eleitos, dispostos e ordenados, uma vez que se acham prefixados e ordenados de modo objetivo e claro.

A vontade exercitada para a dispensa extingue o vínculo de emprego mas não estabelece os seus efeitos, pois estes estão admitidos e previstos pelo ordenamento jurídico, como já observou, quanto aos atos jurídicos em geral, Santoro-Passarelli, ao adotar a doutrina alemã do negócio jurídico e dos atos não negociais com variantes próprias para distinguir o ato jurídico em sentido estrito, ao qual se refere Vicente Ráo, como manifestação de vontade, do negócio jurídico. Neste, no negócio jurídico, ensina o conceituado jurista peninsular, a pessoa, por força do seu poder de autonomia, pode formar a espécie de fato que pretende realizar, enquanto no ato jurídico em sentido

estrito não dispõe dessa oportunidade de escolha dos efeitos decorrentes do ato. A dispensa é, nesse particular, manifestação que se destina ao conhecimento do empregado, e da sua efetivação surgem consequências reparatórias previamente fixadas e que independem da vontade do empregador. Logo, a dispensa não é um ato ilícito, embora socialmente indesejável e patrimonialmente prejudicial ao trabalhador, a menos que se generalize o manto protetor da estabilidade geral no emprego, fortemente abalada nos sistemas jurídicos contemporâneos, em especial diante da crise econômica, do avanço da tecnologia substitutiva da mão de obra humana e da reestruturação do processo produtivo em nível internacional.

Nosso direito voltou-se para as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho. A lei prevê dispensas com e sem justa causa (CLT, art. 482), dispensas indiretas (art. 483), dispensas com culpa recíproca (art. 484), prevendo as respectivas reparações, mas há duas formas de dispensa que merecem uma referência especial, porque não estão previstas pela nossa legislação, uma criada empiricamente pela prática empresarial e outra não amplamente acolhida em outros países, a *demissão voluntária* e a *dispensa coletiva*, ambas apresentando interessantes aspectos doutrinários à luz do tema que está sendo examinado.

Na dispensa voluntária opera-se, em acerto de vontades entre as duas partes do contrato de trabalho, a concordância em torno da efetivação da ruptura do vínculo de emprego oficialmente formalizada como ato de iniciativa unilateral do empregador, mas que dependeu, na verdade, da prévia aquiescência do empregado despedido, motivado que foi pelas vantagens oferecidas pelo empregador, a que faz jus quando não se opõe à dispensa.

O embrião que germinará a demissão voluntária é o consenso entre as partes do contrato de trabalho, embora a iniciativa da oferta emane de uma das partes, o empregador, mas a pactuação da qual dependerá a desconstituição do vínculo de emprego estará dependente da adesão do trabalhador ao plano elaborado pelo patrão e às condições por ele previstas, anunciadas e válidas por determinado prazo, após o qual não mais será, pela empresa, aceita, a não ser que venha excepcionar a manifestação de vontade do trabalhador.

Em princípio, a dispensa voluntária, que se mostra como forma de demissão unilateral de iniciativa do empregador, na sua efetivação não o é, na medida em que é evidente a existência de um elemento condicionante, que é a aceitação da dispensa pelo trabalhador, sem a qual essa figura não se enquadrará nos parâmetros jurídicos que a configuram. Nesse ponto há que se convir que a demissão voluntária tem características de ato jurídico complexo, uma vez que é produzido pela declaração de vontade de dois agentes constituídos em partes reciprocamente opostas, exigindo, portanto, concurso de vontades, paralelas.

Poder-se-ia questionar esse ponto porque não há dúvida de que nem sempre é desde logo clara a distinção entre ato jurídico complexo e ato jurídico bilateral, embora se saiba que naquele, no ato jurídico complexo, as vontades em concurso, como mostraram os estudos de Coviello, não há dois sujeitos contrapostos, mas sujeitos que agem do mesmo lado, enquanto no contrato bilateral há contraposição entre os sujeitos. Nada impede, porém, que em dado momento do contrato as vontades se coadunem, deixando a contraposição para dar lugar a uma atuação, como se a mesma parte fossem, diante do consenso que é, guardadas as proporções, o que ocorre na demissão voluntária com a adesão do trabalhador, momento definitivo para que se desencadeiem os efeitos previstos pelo empregador ao anunciá-la e que pela adesão passam a ser, daí por diante, não mais apenas uma oferta, mas um contrato aceito para o fim específico de desconstituir, de comum acordo, o vínculo jurídico de emprego. Com isso, as duas formas de vontade originariamente separadas e distintas se unificam e se cruzam, tornando-se paralelas como no ato complexo.

Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza de ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que a prevê a Convenção n. 158 da OIT — Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação — como os mais antigos etc. —, seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do contrato de trabalho por um prazo, as negociações com a representação dos

trabalhadores, a participação de órgãos governamentais de colocação ou reciclagem profissional, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta.

É a dispensa de empregado um ato formal? Todos os atos jurídicos hão de ter uma forma, pois, nas palavras bem construídas de Vicente Ráo, "a vontade só atravessa as lindes do campo psíquico quando se revela mediante um sinal, ou de um conjunto de sinais exteriores que, dando-lhe corpo, fazem-na conhecida". Não difere a dispensa do empregado. Pode ser verbal, mas terá de ser expressa, ainda que por uma questão de prova, daí a prática consagrar a carta de demissão, que se confunde, quando não há justa causa, com a carta de aviso prévio.

Que se deve entender por elementos da declaração de vontade do empregador na dispensa de empregados? Desde que se entendam por elementos as partes de um todo, tem-se que em tese há elementos essenciais, que são aqueles que tornam o ato jurídico inconfundível, distinguindo-se dos demais atos jurídicos, embora possam ser genéricos quando pertencentes a todo ato jurídico, como a vontade de agente capaz, o objeto possível, lícito e determinado ou determinável e a forma. Surge, nesse particular, a interessante questão dos efeitos da dispensa promovida por pessoa não munida de poderes na empresa para a prática desse ato jurídico, e cuja solução tanto pode encaminhar-se para a responsabilidade interna a ser definida entre o diretor ou preposto que agiu sem poderes para tanto como para direção oposta, a da ineficácia do ato jurídico nessas condições, com o que a situação anterior deverá ser reconstituída.

A se concluir pela aplicabilidade, no caso, dos pressupostos dos atos jurídicos, entre estes se encontram a capacidade e a legitimação; a primeira, a capacidade, que é a aptidão para a prática e para o exercício dos atos jurídicos, cuja verificação, como pressuposto, é condicionante da validade de todo ato jurídico, razão pela qual impossível é a recusa da sua indagação também no ato jurídico da dispensa do empregado sem contrariar a teoria geral do direito. A legitimação é mais do que a capacidade, porque, enquanto aquela corresponde à aptidão genérica das pessoas para a prática do ato jurídico, por si, a legitimação corresponde à exigência legal imposta a certas pessoas capazes "de preenchimento de especiais habilitações subjetivas ou

objetivas para a celebração de determinados atos, segundo a natureza da relação de que se trate e segundo a situação, perante a mesma, de quem pretenda ser seu sujeito ativo ou passivo" (Ráo).

Pode um alto funcionário, diretor, considerar não preenchido um requisito essencial porque foi despedido não pelo presidente da empresa, com quem se relacionava na prestação de serviços, mas pelo departamento pessoal? E pode a empresa contratada em uma terceirização negar a validade da dispensa de empregado seu pela empresa contratante? Vê-se logo, pelos exemplos, que não estamos diante de questão cerebrina, mas, ao contrário, de problema jurídico não acadêmico, e que surge na experiência das relações de trabalho, só podendo encontrar embasamento jurídico para que se proceda ao adequado enquadramento com recurso à teoria geral do ato e dos fatos jurídicos.

A dispensa é ato retratável, cujos efeitos podem ser invalidados pelo empregador se como parte notificante reconsiderar o ato antes do término do prazo do aviso prévio, caso em que é facultado à outra parte aceitar ou não a reconsideração, que, uma vez aceita, provocará a continuidade do contrato. Não é fora de cogitação a reconsideração tácita, que se perfaz quando, apesar da notificação da dispensa, o empregado continua prestando os mesmos serviços após o momento normal do desligamento resultante da dispensa.

Diferente é outra questão, pertinente a importante aspecto: vontade e declaração. O princípio da realidade ganhou relevância no direito do trabalho, e com isso a relatividade dos efeitos da declaração, quando não confirmada pelos fatos, construção jurídica integrante do conjunto de mecanismos destinados a dispensar ao trabalhador a proteção de que carece como parte débil do contrato de trabalho. A doutrina germânica estuda profundamente a vontade de declaração, discutindo se é necessária uma vontade que tenha por objetivo a declaração ou se basta a vontade de realizar a declaração, debate que não se afasta, nos seus pontos fundamentais, de outro maior, aquele que há entre a corrente que conceitua o contrato como ajuste de vontades e a que se atém ao contrato como ajuste de interesses. Não há dúvida de que a declaração expressa é o ponto de partida da indagação da vontade, mas não é o momento final dessa verificação, porque a exteriorização consubstanciada de modo objetivo no documento pode ser fruto de

equivocada manifestação, produzida em decorrência de vícios que a tenham impurificado.

É de cogitar ainda da declaração implícita, evidenciada pela compreensão da totalidade do ato jurídico em seu contexto atuante, não sendo demais lembrar que uma declaração de vontade pode provir não só de palavras, mas também de outras formas válidas de manifestação, que incluem até mesmo o silêncio, que incontestavelmente na ordem jurídica tem certo valor, embora possa revestir-se de ambiguidade, tanto podendo indicar um consentimento como uma reprovação, daí por que nem sempre quem cala consente, ditado popular mas não regra jurídica.

4. A fragilidade do sistema brasileiro

A Convenção n. 158 da OIT trata tanto de dispensas coletivas como de individuais, estas submetidas aos princípios gerais das dispensas coletivas quanto à ideia básica que é a justificação, com o que garante o direito do empregado de não ser dispensado sem que um motivo o justifique. É a tese da *dispensa motivada*, não acolhida em nosso sistema.

Assim, também nas dispensas individuais aplicam-se as seguintes regras: a) não se porá fim à relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa (art. 4º); b) não constituem causa justificada para a dispensa do empregado a filiação sindical, a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho, a candidatura do empregado a cargo de representação dos trabalhadores, a apresentação de reclamação trabalhista, a raça, cor, sexo ou estado civil, as cargas familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a origem nacional ou social do empregado e a ausência do serviço durante o período de maternidade ou enfermidade (arts. 5º e 6º); c) o empregado não deve ser despedido sem ter a oportunidade de se defender das acusações que lhe são feitas (art. 7º) e deve ter garantido o direito de recorrer a um Tribunal do Trabalho ou árbitro contra o ato da dispensa (art. 8º); d) o órgão encarregado de julgar a dispensa, se não estiver autorizado por lei nacional a anulá-la ou a reintegrar o trabalhador, deve ter o poder de ordenar o pagamento de uma indenização ou outra reparação apropriada.

No Brasil, o órgão encarregado de julgar a dispensa, a Justiça do Trabalho, não está autorizado por lei a anulá-la, salvo nos casos de portadores de estabilidade no emprego. A nossa lei é a Constituição Federal, art. 7º, que prevê indenização reparatória da dispensa e não reintegração no emprego, e art. 10 do Ato das Disposições Transitórias, segundo o qual a reparação consiste na multa do FGTS.

Caso o referido texto constitucional venha a ser regulamentado em outros termos, outra será a orientação.

Em nosso país a facilidade para a dispensa de empregados permitiu a formação de uma série de vícios.

Há dispensas retaliativas. Caracterizam-se pela represália a uma atitude legítima do empregado, por exemplo, ingressar com reclamação na Justiça do Trabalho para cobrar direitos.

Há dispensas para obstar a elevação dos salários, problema conhecido com o nome de "rotatividade da mão de obra", o trabalho da gestante etc.

O sistema brasileiro não segue a teoria da *dispensa causada* recomendada pela OIT.

Segundo o sistema constitucional brasileiro a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa faz-se mediante o pagamento de indenização (CF, art. 10 do ADCT), garantida a estabilidade para casos especiais, como os do dirigente sindical (CF, art. 8º, VIII), da gestante e do "cipeiro" (CF, art. 10 do ADCT). Logo, o direito do empregado despedido, nas dispensas individuais, é à indenização, como regra constitucional geral, no caso o acréscimo sobre o FGTS, abolida que foi, pela Constituição de 1988, a estabilidade decenal e generalizado, independentemente de opção, o enquadramento dos empregados no regime do FGTS, substitutivo da estabilidade decenal, salvo para os que antes de 1988 adquiriram o direito. A reintegração cabe apenas para os portadores das estabilidades especiais.

5. Disciplina jurídica da dispensa

As bases do sistema brasileiro podem ser resumidas até com simplicidade.

O empregador tem o direito de rescindir o contrato de trabalho. Se a dispensa caracterizar-se como arbitrária ou sem justa causa, o empregador pagará um acréscimo nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CF, arts. 7º, I, e 10, I, das Disposições Transitórias). Logo, nada impede a dispensa. Outra é a situação dos portadores de estabilidades especiais. A dispensa imotivada será, nesses casos, nula, comportando a reintegração do trabalhador no emprego.

Os pagamentos devidos na ruptura, e em se tratando de empregado com mais de um ano de serviço para o mesmo empregador, são sujeitos a homologação perante a Delegacia Regional do Trabalho ou respectivo Sindicato, ato de controle *a posteriori*, simples constatação dos cálculos e não controle *a priori* desconstitutivo ou não do vínculo jurídico.

O empregado despedido imotivadamente terá direito ao acréscimo legal acima indicado. O art. 10, I, das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 limita os efeitos da dispensa imotivada ao percentual sobre os depósitos do Fundo de Garantia acima indicado. Assim, se houver dispensa arbitrária, será esse o acréscimo. Se houver dispensa sem justa causa, também. Se a dispensa for arbitrária e sem justa causa, não será outra a reparação: o acréscimo sobre os depósitos.

Quando o empregado é despedido sem justa causa os seus direitos assegurados por lei incluem: a) FGTS; b) o acréscimo sobre o FGTS (CF, ADCT, art. 10, I), que tem natureza constitucional indenizatória; c) aviso prévio; d) remuneração das férias proporcionais; e) 13º salário proporcional; f) indenização pelo tempo anterior ao enquadramento do empregado no FGTS, se existente (CLT, art. 477).

A adesão a plano de dispensa voluntária incentivada não impede o empregado de pleitear em juízo direitos que entende devidos, expressamente ressalvados ou não incluídos nos pagamentos das verbas rescisórias e vantagens previstas no plano, uma vez que a quitação das quantias pagas restringe-se aos títulos e valores liquidados em decorrência da ruptura contratual. Assim, os pagamentos efetuados pela empresa pela rescisão contratual não têm o efeito de quitar outras verbas não relacionadas com as rescisórias, a menos que tenham sido, especificamente, em seus títulos e valores, pagas e quitadas também. O que se quer dizer é que o incentivo pago a título de dispensa volun-

tária não pode se prestar para o fim de quitar todos os pagamentos das obrigações do contrato individual de trabalho.

Há empresas que fazem um programa de incentivo com regras próprias, específicas, destinadas a motivar o empregado a pedir a sua dispensa, o que recebeu, na prática, o nome de *dispensa voluntária*, que não é o mesmo que pedido de demissão. O empregado não pede demissão: pede para ser despedido e é atendido. O motivo oficial da extinção do vínculo é a dispensa com maiores vantagens do que as que seriam atribuídas ao empregado caso fosse despedido. A formalização da extinção do vínculo, para efeito de homologação, terá de ser feita como dispensa sem justa causa, com o pagamento do que é devido segundo a lei e dos acréscimos que a empresa voluntariamente aduziu.

A prática não é ilegal, uma vez que são cumpridas as obrigações previstas em lei para a dispensa do empregado e oferecidas vantagens maiores ao trabalhador, daí a inexistência de restrições, ficando, apenas, a ressalva de que na lei é inexistente a *demissão voluntária*, que se traduz em uma modalidade de dispensa sem justa causa.

6. Estabilidade no emprego

Há duas acepções da palavra *estabilidade*.

Primeira, a de estabilidade *do* emprego, fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo destinadas a fazer com que não falte trabalho na sociedade. Sendo um dever social, o trabalho deve merecer posição especial nos programas estatais, com a abertura de frentes de trabalho, serviços públicos de emprego, assistência pecuniária ao desempregado etc. É a estabilidade no sentido econômico.

Segunda, a de estabilidade *no* emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei. É a estabilidade no sentido jurídico.

Esta subdivide-se em estabilidade *definitiva* e estabilidade *transitória*, aquela produzindo efeitos para toda a relação de emprego, esta somente enquanto persistir uma causa especial que a motiva.

Em nosso país surgiu inicialmente a estabilidade definitiva, chamada decenal.

Depois, desenvolveu-se a transitória, chamada provisória.

A sua criação, com as leis previdenciárias que instituíram os órgãos na primeira época da formação dos nossos Institutos, deveu-se, segundo um entendimento, à necessidade de prover os cofres desses Institutos, com a imperatividade do desenvolvimento do contrato individual de trabalho, dos recursos decorrentes das contribuições previdenciárias do empregado e empregador. Cada Instituto criado vinha acompanhado da estabilidade dos empregados pertencentes ao respectivo setor. A Lei Elói Chaves confirma a versão porque é nitidamente de natureza previdenciária e no entanto ocupa-se também da estabilidade dos ferroviários após 10 anos de casa, com autorização de dispensas após esse período só em casos de falta grave ou força maior devidamente apurados em sindicância interna da ferrovia[5].

O seu desenvolvimento é marcado pela generalização da garantia que lhe foi dada pela Lei n. 62, de 1935, aplicável a industriários e comerciários, portanto ao grande contingente trabalhista da época. O art. 10 da referida lei confirmou que as causas principais da sua instituição referem-se aos interesses de recursos para as instituições previdenciárias, como fica evidente pela sua redação: "Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º".

Essa generalização da estabilidade para todos os industriários e comerciários foi recebida por Adamastor Lima como um considerável dano decorrente para a indústria e comércio.

---

5. Lei Elói Chaves, de 24 de janeiro de 1923, art. 42: "Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro". Destinava-se à proteção dos ferroviários em benefício dos quais instituía uma Caixa de Aposentadoria e Pensões. Ampliou-se a estabilidade que foi criada pela Lei Elói Chaves para o pessoal das empresas de navegação marítima ou fluvial (Lei n. 5.109, de 1926), transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, águas e esgotos (Dec. n. 20.465, de 1930) e bancários com dois anos de casa (Dec. n. 24.615, de 1934).

Não obstante, prosseguiu o avanço legal com a Carta Constitucional de 1937, que a incluiu no art. 137, *f*, com a CLT de 1943, que a manteve no art. 492, e com a Constituição Federal de 1946, que também a declarou no art. 157, XII.

A sua evanescência começa com as dispensas obstativas dos empregados pré-estáveis, verdadeiro sistema adotado por algumas empresas, e consistentes em romper o contrato individual do empregado que atingisse 8 ou 9 anos de casa, com as transferências fraudulentas para outros estabelecimentos situados nas mais distantes regiões do País, acobertadas por uma cláusula expressa do contrato de trabalho assinado na admissão no emprego, prevendo a possibilidade de transferência a qualquer momento e para qualquer localidade, e com os acordos para rescisão amigável e consensual do contrato dos empregados com 7, 8 ou 9 anos no mesmo serviço.

Faltava só o golpe de misericórdia, que veio com a Lei n. 5.107, de 1966, a lei do FGTS, e que provocou mais tarde a alteração da norma constitucional, tudo no sentido de disciplinar dois regimes jurídicos de garantia do emprego: um econômico, com depósitos bancários de que se utiliza o empregado despedido sem justa causa; outro meramente jurídico, com as mesmas figuras já existentes, da indenização quando o empregado tem menos de 10 anos de emprego, e da estabilidade a partir desse período, porém importando a opção do trabalhador ao ser admitido num emprego em renúncia à estabilidade. Como as empresas passaram a admitir empregados desde que como optantes do FGTS, automaticamente desapareceram os estáveis, que hoje gradativamente não existem mais. Os atuais empregados, mesmo com mais de 10 anos e desde que, como praticamente a totalidade, optantes do Fundo de Garantia, não são dotados de estabilidade e podem ser despedidos com ou sem justa causa jurídica, no primeiro caso não podendo, e no segundo caso podendo sacar os depósitos bancários com acréscimo de 40% sobre o seu valor corrigido. Em 1988, a Constituição suprimiu a estabilidade (art. 7º, I).

Estabilidade especial é aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida.

O ADCT da Constituição Federal (art. 10, II) dispõe: "Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: *a*) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; *b*) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". São as figuras da estabilidade especial do dirigente da CIPA — Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — e da gestante.

Quanto à estabilidade do dirigente sindical, a comunicação da candidatura à eleição sindical é exigência legal para que a estabilidade sindical se configure, porque há dispositivo literal nesse sentido (CLT, art. 543, § 5º): "Para os fins deste artigo, a entidade sindical comunicará por escrito à empresa, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, o dia e a hora do registro da candidatura do seu empregado e, em igual prazo, sua eleição e posse, fornecendo, outrossim, a este, comprovante no mesmo sentido". A jurisprudência (STST n. 369) fixa as seguintes disposições: é indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT; o art. 522 da CLT, que limita a sete o número de dirigentes sindicais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988; empregado de categoria diferenciada, eleito dirigente sindical, só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente; havendo extinção da atividade empresarial, no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade; registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da CLT.

O membro da CIPA tem estabilidade especial. Na forma da STST n. 339, as regras que disciplinam a estabilidade do cipeiro são as seguintes: suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, *a*, do ADCT, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988; estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário.

A Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971 (Lei das Cooperativas), estende a estabilidade dos dirigentes sindicais aos "empregados das empresas em que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas".

O *empregado vitimado por acidente de trabalho* tem assegurada a estabilidade no emprego. A Lei n. 8.213/91 declara que "o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, à manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente". É amplo o conceito de acidente de trabalho, incluindo, entre outras hipóteses, a doença do trabalho, a doença profissional e o acidente *in itinere*. O período garantido, de doze meses, começa a ser contado com o fim do auxílio-doença, o que mostra que a concessão deste é condição legal para a aquisição do direito à estabilidade. Afastando dúvidas, a STST n. 378 declara: é constitucional o art. 118 da Lei n. 8.213/91, que assegura o direito à estabilidade provisória por período de doze meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado; são pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a quinze dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei (CLT, art. 625-B, § 1º). A lei não indica em que momento começa essa proibição. Por interpretação analógica à hipótese dos dirigentes sindicais — conquanto os membros, em questão, necessariamente não o sejam —, a estabilidade deve iniciar-se com o registro da candidatura à eleição, perante os seus organizadores.

O menor aprendiz não pode ter o seu contrato rescindido antecipadamente a não ser na ocorrência de uma das causas previstas na lei (CLT, art. 433): por desempenho insuficiente ou inadaptação; por falta disciplinar grave; e na ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo. Logo, a empresa não pode despedir imotivadamente o aprendiz durante o curso da aprendizagem, com o que o aprendiz terá, nesse período, estabilidade no emprego.

As convenções e acordos coletivos de trabalho também preveem figuras diversificadas de estabilidades especiais, o mesmo ocorrendo com as sentenças normativas proferidas nos dissídios coletivos, exemplificando-se com a estabilidade do menor em idade de prestação do serviço militar, estabilidade por determinado tempo para os trabalhadores de uma empresa, estabilidade pré-aposentadoria etc.

Inexiste lei expressamente direcionada para esclarecer se no fim do contrato por prazo determinado a estabilidade especial termina ou prossegue. Há, no entanto, dispositivo legal sobre a estabilidade geral. Com efeito, a CLT, art. 498, declara: "Em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, o direito à indenização, na forma do artigo anterior". Desde que se entenda que há analogia entre a situação examinada e a hipótese típica do artigo de lei mencionado, no término da obra os estáveis têm os seus contratos individuais de trabalho automaticamente extintos, não subsistindo a estabilidade no emprego. O art. 8º da CLT admite a analogia como forma adequada de integração das lacunas da norma jurídica trabalhista. Ambas as situações, a descrita em lei para a estabilidade geral e a situação específica do término do contrato a prazo, guardam uma relação de analogia, correspondendo a supressão necessária de atividade ao término do contrato e a solução preconizada em lei para a estabilidade geral à estabilidade especial.

Há mais de um modo de ver a estabilidade.

Sob o ângulo empresarial, não seria demasiado argumentar que realmente a estabilidade representa uma restrição ao poder de comando do empregador, já que se vê tolhido de agir livremente, dispondo do empregado no momento em que julgar oportuno e sem maiores entraves de ordem legal. Há tese segundo a qual para abrir maior número de empregos impõe-se suprimir — como fez nosso direito — a estabilidade geral com base numa ideia: facilitada a descontratação, facilita-se, também, a contratação de empregados. Em outras palavras, se o empregador sabe que dificilmente poderá rescindir o contrato individual de trabalho do empregado, não terá estímulos para a admissão de empregados; porém, se sabe, de antemão, que quando não puder manter o empregado em seus quadros não terá dificuldades legais para a sua dispensa, terá maior estímulo para admitir empregados.

Há quem argumente que o estável é empregado que pode se acomodar, deixando de render no serviço o que dele se espera, em prejuízo dos interesses da produção.

Acrescenta-se que a estabilidade não oferece vantagens de natureza patrimonial, já que apenas dá ao trabalhador um direito: o emprego. Findando-se a relação de emprego pela aposentadoria, não há compensações econômicas que possam beneficiar o empregado, exaurindo-se a proteção jurídica e sem a garantia econômica de um pecúlio que poderia ter acumulado durante os longos anos nos quais foi estável.

A favor da estabilidade afirma-se que há um direito ao emprego, desenvolvendo-se a teoria francesa da propriedade do emprego.

Por outro lado, o princípio da continuidade do contrato de trabalho corresponde à ideia de que o emprego deve ser mantido porque o salário tem função alimentar, provendo meios para a subsistência pessoal e familiar do assalariado, da qual se veria privado quando despedido do emprego.

É necessário coibir a dispensa arbitrária, imotivada, não causada quer por motivos pertinentes à esfera do empregado, quer por motivos que se refiram a interesses econômicos da empresa.

7. Aviso prévio

As principais questões sobre aviso prévio são o *conceito*, o *direito*, a *duração* e *os efeitos sobre o contrato de trabalho*, matéria regida por disposições da lei e da jurisprudência.

A) *Conceito*. Aviso prévio é a denúncia do contrato por prazo indeterminado, objetivando fixar o seu termo final.

Russomano o define como "a notificação antecipada devida à parte contrária por quem rescindir o contrato individual de trabalho". Para Délio Maranhão, "é a resilição unilateral, própria dos contratos sucessivos por tempo indeterminado". Segundo Hirosê Pimpão, "é o espaço de tempo fixado na lei e que antecede a rescisão unilateral do contrato de trabalho por tempo indeterminado, quando não haja ocorrido um motivo imperioso e durante o qual a parte pré-avisada deve procurar estabelecer as condições normais de seu trabalho, evitando,

assim, as consequências da ruptura dos vínculos contratuais". Para Caldera, "é o aviso prévio dado por uma parte a outra certo tempo antes da ruptura do contrato de trabalho". E Cabanellas o define como "a notícia que uma parte dá à outra do seu propósito de rescindir, vencido o lapso assinalado, o contrato de trabalho que as ligava".

Assim, aviso prévio é ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que deseja rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo.

As origens da instituição do aviso prévio são encontradas no direito comum.

O Código Comercial de 1850, no art. 81, já dispunha que, "não se achando acordado o prazo de ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contratantes poderá dá-lo por acabado avisando o outro da sua resolução com um mês de antecipação. Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês; mas o preponente não será obrigado a conservá-lo no seu serviço".

Também o Código Civil (Lei n. 3.071, de 1º-1-1916, alterada pela Lei n. 3.725, de 15-1-1919), no art. 1.221, estabeleceu que, "não havendo prazo estipulado nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I — Com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês ou mais. II — Com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena. III — De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias".

A Lei n. 62, de 5 de junho de 1935, no art. 6º, também dispôs sobre a matéria: "O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço. Parágrafo único. O empregador, ou seu

representante, é obrigado a fornecer imediatamente ao empregado que tiver feito o aviso prévio de que trata este artigo, por escrito, uma declaração de haver recebido essa comunicação".

A CLT passou a regulamentar o aviso prévio, nos arts. 487 e s.

O Código Civil (Lei n. 10.406, de 2002, art. 598) também prevê a figura do aviso prévio, como no caso de rescisão do contrato de prestação de serviço sem prazo estipulado.

B) *Direito.* O aviso prévio não é cabível em todo tipo de contrato de trabalho.

Não há que se falar em aviso prévio nos contratos por prazo determinado. O art. 487 da CLT é expresso nesse sentido. Tal se dá porque, sendo o aviso prévio um modo de fixar o termo final do contrato de trabalho, desnecessário se torna nos contratos que já têm o *dies ad quem* previamente e desde o início estipulado, como nos contratos a prazo certo.

Assim, o aviso prévio é exigível nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, bem como nos contratos de aprendizagem e de trabalho em domicílio.

Pressupondo o desejo de rescindir o contrato de duração indeterminada, o aviso prévio, considerado como denúncia ou notificação, deve ser manifestado pelo empregador que pretende despedir o empregado sem justa causa. Porém, desde que o empregado tenha incorrido em justa causa, o empregador não é obrigado a pré-avisá-lo. Como nos contratos a prazo o aviso prévio é incabível, a rescisão antecipada desses contratos também não supõe o aviso prévio, mas simplesmente as indenizações legais. Segundo o art. 481 da CLT, inserir pacto resolutório nos contratos a termo equivale a transmudar a natureza desse contrato, que passa a ser considerado por prazo indeterminado.

Se o empregado quer rescindir o contrato de trabalho por demissão, está, igualmente, obrigado a dar o aviso prévio ao empregador, nos contratos por prazo indeterminado. Não terá de fazê-lo nos contratos a termo, porém ficará obrigado a indenizar os prejuízos que acarretar ao empregador em face da rescisão *ante tempus*.

O aviso prévio é uma manifestação de vontade da parte que pretende rescindir o contrato. Não há exigência de qualquer formalidade

para que tenha eficácia. Pode exteriorizar-se por meio de um documento escrito. Porém também terá validade se formulado oralmente. A lei (CLT, art. 487) apenas exige um aviso, sem especificar qualquer forma especial. Recomenda-se, no entanto, a forma escrita.

Como frisa Cabanellas[6], "a reciprocidade em matéria de pré-aviso constitui a essência deste; o que quer dizer que tanto tem direito o trabalhador de receber a denúncia antecipada do contrato de trabalho por parte do seu empregador como este a do seu trabalhador, com o fim de procurar um substituto sem quebra da produção. Em todos os casos em que o contrato se dissolve sem o aviso prévio e sem causa justificada para a rescisão, a parte que o rescinde está obrigada a abonar à outra a indenização supletória por falta de aviso prévio".

Em nosso direito, o princípio da reciprocidade do aviso prévio está previsto no art. 487, § 1º, da CLT: "A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso... A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo".

Assim, tanto o empregado tem o dever de pré-avisar o empregador como este também está obrigado a fazê-lo ao empregado. A omissão desse dever importa em substitutivos econômicos. Se o faltoso é o empregador, terá de pagar soma de salários correspondentes à duração do aviso prévio. Se é o empregado, poderá sofrer desconto do saldo de salário porventura ainda não recebido, isto é, dar-se-á a retenção do saldo de salário.

A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio (STST n. 44). É inválida a sua concessão na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos (STST n. 348).

Na doutrina havia controvérsia quanto ao direito do empregado ao valor do aviso prévio na extinção do contrato individual de trabalho por dispensa indireta. A jurisprudência do Tribunal Superior do

---

6. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, p. 794.

Trabalho, pela Súmula n. 31, dispunha que nesse caso o aviso prévio é indevido. Todavia, houve alteração da lei, que certamente produzirá efeitos sobre as decisões judiciais. A Lei n. 7.108, de 1983, acrescentou um § 4º ao art. 487 da CLT nos seguintes termos: "É devido o aviso prévio na despedida indireta". A interpretação correta é reconhecer que nos casos em que o empregado dá por rescindido o contrato de trabalho diante de justa causa cometida pelo empregador, dentre as enumeradas no art. 483 da CLT, este, além das demais verbas rescisórias, estará obrigado a pagar-lhe também o valor correspondente ao aviso prévio. Não esclarece a lei se será também computado o tempo do aviso prévio no contrato, mas de acordo com o princípio da reparação integral a resposta terá de ser afirmativa. A regra geral é a de que o período do aviso prévio é contado no tempo de serviço quando a causa da dispensa é pertinente à esfera do empregador.

O aviso prévio pode ser reconsiderado, contanto que haja a concordância de ambas as partes. Assim, se o empregador quer retirar o aviso prévio dado, poderá fazê-lo se com isso o empregado estiver de acordo. Do mesmo modo, se o trabalhador pretende desfazer o pedido de demissão e invalidar o aviso prévio dado, somente será eficaz essa atitude desde que com ela o empregador concorde. A reconsideração é, portanto, bilateral. Uma vez existente, o contrato continuará no seu normal desenvolvimento.

A STST n. 73, com a redação da Res. TST n. 121, de 2003, declara que a ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória.

C) *Duração.* O aviso prévio, para todo empregado, será no mínimo de 30 (trinta) dias (CF, art. 7º, XXI). Não há mais aviso prévio de 8 (oito) dias. É prevista a sua ampliação proporcional à antiguidade do empregado, mas a ampliação não foi regulamentada por lei, sem a qual não é autoaplicável (TST — OJ n. 84, SDI-1).

Leis contemporâneas fixam prazos diferentes de aviso prévio, maiores para o empregador e menores para o empregado. Na França, a Lei de 1973, que alterou dispositivos do Código do Trabalho (art. L.

122-6), para empregados com menos de 6 meses, exclui o direito; entre 6 meses e 2 anos fixa a duração em 1 mês; e para empregados com mais de 2 anos a duração do aviso prévio será de 2 meses. Porém, o empregado, quando pede demissão, concederá aviso prévio em duração que é baseada nos usos, convenções coletivas e regulamentos de empresas. Esse critério dualista também é seguido pelo direito da União Europeia, distinguindo as figuras da *demissão* e da *dispensa* para dar-lhes tratamento diferente. Na relação de síntese do direito da comunidade, Camerlynck[7] explica que a tendência revelada é no sentido da diversidade de tratamento em matéria de aviso prévio, acrescentando, ao exemplo da França, o da então República Federal da Alemanha e o da Itália. No direito peninsular a duração do aviso prévio, quando o empregado o concede ao empregador porque pediu demissão, é reduzida à metade. O Código do Trabalho de Portugal de 2003, art. 398, fixa a sua duração em 60 dias.

Assim, a igualdade formal entre empregado e empregador está cedendo lugar para outra concepção, a da desigualdade natural entre empregado e empregador, decorrente da posição do trabalhador no contrato de trabalho, que é de subordinação e de dependência.

D) *Efeitos sobre o contrato de trabalho.* O aviso prévio produz diversos efeitos sobre o contrato individual de trabalho.

a) Se é dado pelo empregador e sem justa causa, o empregado terá o direito de trabalhar durante a sua duração legal, com redução de duas horas na jornada de trabalho, sem prejuízo do salário integral, ou redução de 7 dias[8].

b) A rescisão do contrato de trabalho torna-se efetiva somente após a expiração do prazo do aviso prévio.

c) Os aumentos salariais ocorridos durante o período de cumprimento do aviso prévio, bem como as demais vantagens gerais da categoria, segundo a STST n. 5, beneficiam o trabalhador, porém ela foi cancelada pela Res. TST n. 121, de 2003.

---

7. *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, Eurolibri, 1965, p. 85.

8. Lei n. 7.093, de 25 de abril de 1983, que acrescentou parágrafo único ao art. 488 da CLT.

d) Prevalece como presunção a irrenunciabilidade pelo empregado do seu direito de permanecer em serviço durante o prazo da duração do aviso prévio, uma vez que essa permanência, como regra geral, o favorece acrescentando ao valor do 13º salário e das férias o duodécimo correspondente a esse período, e aos depósitos do Fundo de Garantia, os recolhimentos relativos a esse tempo; a STST n. 276 dispõe que "o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego".

e) Também discutível e não solucionado é o problema de saber se quando o aviso prévio é pago em pecúnia o prazo respectivo também é computado na antiguidade do trabalhador; soluções diferentes são encontradas, parecendo-nos importante verificar se o não cumprimento do prazo deu-se por vontade do empregado ou não, uma vez que se obstado de trabalhar não poderá ser prejudicado, mas se não quis trabalhar a solução deverá ser diversa.

O Tribunal Superior do Trabalho (SBDI-1-3.301/97, Proc. ERR 288.460/96.2) decidiu: "Os efeitos decorrentes do aviso prévio indenizado operam-se em face de determinação contida no art. 487, § 1º, da CLT, sendo necessária a anotação do período do aviso para a contagem do tempo de serviço, para todos os fins. Há que haver, necessariamente, a projeção daquele prazo na Carteira". Portanto, de acordo com a jurisprudência, ainda que o empregador pague em dinheiro o período do aviso prévio, haverá a sua soma no tempo de serviço do empregado e a inclusão obrigatória naquele que for anotado na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

f) A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias (STST n. 371).

g) Dirigente sindical que registra sua candidatura no curso do aviso prévio, não tem direito à estabilidade provisória (STST n. 369).

h) O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para o fim da indenização adicional do art. 9º da Lei n. 6.708, de 1979 (STST n. 182).

i) O valor das horas extras habituais integra o aviso prévio indenizado. A STST n. 94 que concluía pela integração foi cancelada, mas o critério permanece o mesmo porque a natureza jurídica do adicional de horas extras é salarial, produzindo os mesmos efeitos.

j) O pagamento relativo ao período do aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS (STST n. 305).

l) A STST n. 253 dispõe que a gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extraordinárias, ainda que indenizadas, refletindo-se, contudo, pelo duodécimo, na indenização por antiguidade e no décimo terceiro salário.

m) O cálculo da multa do FGTS deve ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal (TST — OJ 42).

n) A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença, no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário (STST n. 371).

o) A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio (TST — OJ n. 83, SBDI-1).

p) É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes (STST n. 230).

q) Estabelece a Súmula n. 79 do TFR não incidir a contribuição previdenciária sobre a quantia paga a título de indenização de aviso prévio.

8. Indenização

Quando a ruptura do contrato de trabalho é de iniciativa imotivada do empregador, o empregado tem direito a reparações pela perda do emprego com uma indenização.

As teorias que fundamentam o direito do empregado à indenização são três: a teoria do *abuso de direito*, a teoria do *crédito* e a teoria do *risco*.

Para a teoria do abuso de direito, criada pela jurisprudência francesa e com base no Código Civil, quem rescinde o contrato só por tal motivo comete uma falta, salvo se houver justo motivo, daí o direito à indenização daquele que não causou a ruptura do vínculo jurídico.

Segundo a teoria do crédito, de origem italiana, o empregado ao prestar sucessivamente serviços ao empregador vai acumulando um crédito sob a forma de indenização a ser paga por ocasião da rescisão contratual.

De acordo com a teoria do risco, tudo quanto cabe indagar de modo geral é a quem devem caber os riscos da rescisão, se ao empregado, caso em que suportará os efeitos do seu comportamento, não tendo direito à indenização; se ao empregador, hipótese na qual terá de ressarcir o trabalhador, indenizando-o; ou a ambos, com o que deve ser repartido o ônus entre empregado e empregador.

No Brasil havia três tipos de indenização trabalhista: a indenização nos contratos sem prazo, a indenização nos contratos a prazo determinado e a indenização adicional da lei salarial.

Nos contratos por prazo indeterminado, a principal reparação devida ao empregado pela dispensa sem justa causa sempre foi a indenização prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 480). Porém, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei n. 5.107, de 1966) foi criado um sistema alternativo (CF de 1967, art. 165, XIII), de acordo com o qual, segundo a opção do trabalhador, a garantia do seu tempo de serviço far-se-ia ou pela indenização ou por meio dos depósitos do Fundo de Garantia, efetuados pelo empregador em sua conta bancária, correspondentes a 8% da sua respectiva remuneração mensal, percentual hoje acrescido de mais 0,5% de contribuição social. Com a Constituição de 1988 (art. 7º, III) desaparece o sistema alternativo entre indenização e Fundo de Garantia, e este tornou-se o único direito do trabalhador. Desse modo, os empregados optantes continuaram no mesmo regime, sem modificação. Os empregados não optantes pelo Fundo de Garantia passaram a ter o tempo de serviço, até a Constituição de 1988, garantido do mesmo modo pela indenização da Consolidação, e, pelo tempo subsequente, os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Quanto aos empregados não optantes pelo Fundo de Garantia, portadores de estabilidade no emprego, são protegidos pelo direito adquirido.

O segundo tipo de indenização é a devida na rescisão antecipada, pelo empregador, nos contratos por prazo determinado. A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 479) a garantia, no valor da metade da remuneração faltante para o término do contrato, e o regulamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Dec. n. 59.820, de 1966, art. 30, § 3º) a assegurava, para o optante, no valor da eventual diferença entre a indenização e o saldo da conta vinculada, dispositivo este reproduzido pelas novas normas sobre a matéria, o art. 14 do Decreto n. 99.684/90.

No término do contrato a prazo, devido é apenas o depósito do Fundo de Garantia. Não há que se falar em indenização pela rescisão antecipada, que, no caso, não ocorreu.

O terceiro tipo de indenização é a *adicional*, instituída pela Lei n. 6.708, de 1979, mantida pela Lei n. 7.238, de 1984, art. 9º[9], devida a optante, ou não, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, dispensado sem justa causa no período de 30 dias anteriores ao início da vigência de reajustamento salarial coletivo. Esses reajustamentos, que eram anuais, passaram a ser, por força de novas leis de política salarial[10], ajustados em períodos menores, semestrais e, depois, até mesmo mensais, o que levou alguns intérpretes a sustentar que a indenização adicional desapareceu.

É possível concluir que a indenização adicional não está revogada. A sua finalidade é punir a despedida obstativa à aquisição de direitos concedidos na data-base da categoria, por negociação ou dissídio coletivo. Continuam a ser conferidos nessas ocasiões, o que mostra estarem mantidas as causas que a determinaram, portanto a conveniência de sua manutenção.

A Constituição Federal de 1988[11] prevê *indenização compensatória* como forma de proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, além dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e o art. 10 das Disposições Transitórias da Constituição dispõe

---

9 e 10. Leis n. 7.238; 2.198; 7.450, de 1985; Decretos-Leis n. 2.283, de 1986; 2.284, de 1986; 2.302, de 1986; 2.225, de 1987 etc.

11. Constituição Federal de 1988, art. 7º, I: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

que, até que seja regulamentada, corresponderá a 40% dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com o que esse pagamento, que para alguns tem a natureza de multa em favor do empregado, passa a ter nítido caráter indenizatório. A esse percentual é acrescido, atualmente, o recolhimento de uma contribuição social.

Há quem sustente a tese do *aviso prévio indenizado* e das *férias indenizadas*, quanto aos pagamentos desses direitos sem o correspondente cumprimento, em serviço, dos respectivos períodos.

As diárias e ajudas de custo próprias (CLT, art. 457) têm natureza indenizatória.

Há países nos quais a indenização tem uma disciplina jurídica diferente.

Na Inglaterra, embora estabelecido um limite máximo para o seu valor — 5.200 libras —, o Tribunal pode arbitrá-lo, considerando os prejuízos que o trabalhador sofreu com a perda do emprego. Trata-se da *compensation award*, consistente, segundo Galiana Moreno[12], na "quantidade que o Tribunal considerar *just and equitable* em cada caso".

Entre os prejuízos considerados para o cálculo do valor incluem-se os gastos em que houver razoavelmente incorrido o demandante em decorrência da dispensa, bem como a perda de qualquer vantagem que se suponha poderia ter obtido não fosse a dispensa. Houve questão judicial resolvida com base no *Industrial Relations Act*, de 1975 — Norton Tool Co. Ltd. vs. Tewson —, no qual o Tribunal julgou a cobertura da perda dos salários, imediata ou futura, como sendo a perda da "proteção do emprego" — *loss of job protection*. Não se estende a indenização aos danos morais, porém há casos excepcionais em que também estes são reparáveis, como na perda do conceito profissional, por exemplo, influindo no aumento da dificuldade para a obtenção de novo emprego.

Se a indenização tem natureza jurídica *previdenciária*, o seu valor deve realmente cobrir a perda do salário e os "lucros cessantes" do trabalhador, oferecendo-lhe uma garantia econômica capaz de prover

12. *El contrato de trabajo en el derecho inglés*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 271.

a sua subsistência futura. Essa colocação, pela amplitude do risco que cobriria, deve ser rejeitada. Cabe aos órgãos previdenciários e aos sistemas de seguro-desemprego cumprir tal missão.

Se a natureza jurídica da indenização é *reparatória* dos prejuízos que decorrem da perda do emprego, quer porque o ato da dispensa, nos moldes da doutrina francesa, é qualificado como *abuso de direito*, quer porque, segundo doutrina difundida também na França e em outros países, hoje bastante contestada, o empregado tem direito de *propriedade sobre o emprego*, o ressarcimento também terá uma flexibilidade que é incompatível com a invariabilidade da indenização tarifada, porque só será plenamente reparado o dano se considerados diversos aspectos do caso concreto. A uniformização impediria a completa reparação em alguns casos. Seria possível dar uma extensão maior à reparação se integrada não apenas pelas reparações trabalhistas mas também civis.

Todavia, se a indenização é considerada uma *pena* aplicada sobre o empregador pela dispensa ilegal, justifica-se a invariabilidade, porque não teria o objetivo de recompor o patrimônio do trabalhador ou de garantir o seu ganho por algum tempo. Visaria apenas a sancionar o empregador e nada mais.

Se compreendida a indenização como *salário diferido*, confunde-se com o Fundo de Garantia.

9. Homologação dos pagamentos na rescisão do contrato

De acordo com a CLT, art. 477, § 1º, "o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho". O instrumento de rescisão ou recibo de quitação deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas (§ 2º).

Há prazos fixados para a prática desse ato, sob pena de multa (§§ 6º, 7º e 8º): a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou b) até o décimo dia, contado da data da notificação da dispensa,

quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa do seu cumprimento.

Quanto à *finalidade*, a prática se destina a evitar a fraude da assinatura de recibos finais sem correspondência com os pagamentos efetivamente efetuados e a irregularidade desses mesmos pagamentos. Quanto à *natureza*, trata-se de assistência e não de conciliação, com a simples verificação de que os pagamentos estão corretos, não se efetivando, em caso contrário, a homologação. Quanto aos *efeitos* são os de quitação. Este aspecto merece maior exame.

Algumas observações jurídicas podem ser feitas sobre a homologação e o problema das ressalvas. Diante das disposições da STST n. 330, a ressalva, nas homologações, submete-se às regras a seguir explicitadas, como se vê do texto da referida STST: "A quitação passada pelo empregado, com assistência de Entidade Sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas".

Cabe ressalva expressa e especificada ao valor da parcela impugnada. Não havendo impugnação de uma parcela, a eficácia será liberatória. Não tendo sido paga uma parcela, obviamente não há que se falar em impugnação do valor da mesma. Logo, nada impede reclamação de parcelas não constantes do termo de homologação, e é cabível reclamação de parcelas pagas ressalvadas. A ressalva, a meu ver, destina-se a permitir reclamação das diferenças de valores de parcelas consignadas no recibo. Inexigível é ressalva para reclamar direitos que não constam do termo de homologação. É aplicável o disposto na CLT, art. 477.

Em artigo publicado no *Suplemento LTr* (020/94), Irany Ferrary, juiz do TRT de Campinas, sustenta a inconstitucionalidade da STST por delegação de ato privativo do judiciário ao sindicato. O juiz do TRT de Curitiba, Manoel Antonio Teixeira Filho, no mesmo *Suplemento* (024/94), recomenda, aos magistrados, que não se curvem diante da STST em questão, sugerindo que sigam a STST n. 41. Este declara: "A quitação, nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 477 da CLT

concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo". A mesma conclusão é defendida pelo juiz do trabalho substituto da 15ª Região, Luiz Felipe Bruno (*Suplemento LTr* 023/94).

A ressalva é o ato jurídico que não tem forma prevista em lei. Faz-se, de regra, mediante simples anotação no verso do documento.

Se o empregado se recusa a comparecer para o ato de pagamento e homologação, os meios disponíveis para o empregador são o depósito, bancário ou judicial. A consignação de pagamento pressupõe a recusa do empregado em receber os valores que estão sendo ofertados, e se essa é a hipótese, nela é cabível.

Ao termo de conciliação perante as Comissões de Conciliação Prévia, a que se refere o art. 625-A da CLT, deu-se a natureza jurídica de título executivo extrajudicial (CLT, art. 625-E, parágrafo único), com o que surge um problema. Os efeitos dessa conciliação são substitutivos da homologação a que se referem o art. 477 e parágrafos da CLT? Em outras palavras, as partes estão legalmente dispensadas da homologação, perante o Sindicato, ou o Ministério do Trabalho e Emprego, que a lei exige para os pagamentos devidos na rescisão do contrato de trabalho aos empregados com mais de um ano? Há dois atos distintos e inconfundíveis, com finalidades basicamente diferentes, o pagamento nas homologações, cujo fim é quitar, perante o órgão que prestará a assistência, os pagamentos dos valores devidos pela empresa ao empregado, e a conciliação perante as Comissões, cuja finalidade é encontrar uma composição para os direitos controvertidos. Portanto, sucedem-se no tempo dos atos jurídicos. Primeiro, o pagamento do que é inquestionavelmente devido pelo empregado nos prazos previstos em lei, sob pena de multa a que se sujeita o empregador. Segundo, havendo um residual controvertido e não pago, a controvérsia será submetida à Comissão de Conciliação Prévia, antes do ingresso da questão na via judicial. Os poderes dos dois tipos de órgãos são diferentes. Na homologação, a Delegacia Regional do Trabalho ou o Sindicato podem dar assistência aos pagamentos que o empregador quer efetuar, mas não podem conciliar. Na conciliação prévia, as Comissões podem conciliar e não apenas dar assistência. Logo, trata-se de dois tipos inconfundíveis de atos jurídicos.

10. Falência e recuperação de empresas

Três figuras diferentes mas de igual finalidade foram instituídas pela Lei n. 11.101, de 2005, com início de vigência em 9-6-2005: a *recuperação extrajudicial*, a *recuperação judicial* e a *falência*, as duas primeiras substituindo a antiga concordata, que desapareceu. A *recuperação extrajudicial* ressalva os créditos trabalhistas; a *recuperação judicial* abrange os créditos trabalhistas, fixando um prazo máximo para a sua liquidação, na conformidade com o Plano aprovado pelos credores e com pagamento de juros de 12% ao ano mais correção monetária; a *falência* afeta os créditos trabalhistas.

A *recuperação* é uma alternativa para a falência, tendo como objetivo permitir que uma empresa em crise econômico-financeira possa manter-se, com os contratos de trabalho não afetados, segundo o Plano aprovado pelos credores.

Recuperação extrajudicial: a) é direta, sem administração judiciária, se assim concordarem os credores (art. 161); b) o devedor deverá preencher alguns requisitos; c) o credor poderá propor e negociar com os credores não trabalhistas; d) são inegociáveis os direitos dos trabalhadores, legais, contratuais e decorrentes de instrumentos coletivos, inclusive de acidentes do trabalho; e) subsiste responsabilidade total por eles não só da empresa como solidária dos sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito (art. 179).

Recuperação judicial: a) é alternativa para a falência; b) será sob fiscalização judicial e aprovada por assembleia geral; c) depende do cumprimento, pelo devedor, de exigências estabelecidas pela lei; d) como a empresa mantém-se em atividade, são mantidos os empregos e os contratos de trabalho; e) o sindicato poderá participar da assembleia, representando os trabalhadores que não comparecerem pessoalmente, e para esse fim deverá apresentar ao administrador judicial, até dez dias antes da assembleia, relação dos representados; f) o devedor deverá apresentar relação integral dos empregados, suas funções, salários, indenizações e outros direitos, com o mês de competência e a discriminação dos títulos e valores pendentes de pagamento; g) o Plano não poderá prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de aciden-

tes de trabalho, vencidos até a data do pedido de recuperação, nem prazo superior a trinta dias para pagamento, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação; h) são admitidos meios previstos em lei para a sua realização, entre os quais acordos coletivos de trabalho, compensação de horários, redução de jornada e redução dos salários (art. 50); i) como as alterações das condições de trabalho prejudiciais aos trabalhadores dependem de negociação coletiva, e como o sindicato embora obrigado a negociar não é obrigado a pactuar, segue-se que sem a concordância do sindicato não serão possíveis essas modificações contratuais, ressalvando-se que há jurisprudência admitindo validade a acordo individual de compensação; j) o deferimento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e todas as ações e execuções contra o devedor (art. 6º) pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias, após o qual poderão ser retomadas; l) não aprovado o Plano, o Juiz decretará a falência, e se aprovado poderá ordenar a alienação de filiais ou unidades produtivas da empresa, caso em que o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus, não configurando sucessão do arrematante nas obrigações do devedor (art. 60).

Falência: a) é rara em grandes grupos econômicos e ocorre 90% dos casos em pequenas e médias empresas; b) pressupõe a impossibilidade de recuperação da empresa; c) extinguem-se os contratos de trabalho iniciando-se, se for o caso, novos contratos de trabalho com o adquirente da massa falida, o que não configurará sucessão de empresa; d) o juízo da falência é universal, atraindo a execução coletiva dos créditos, ressalvadas as causas trabalhistas, prosseguindo as ações com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida; e) serão pagos, desde logo, conforme disponibilidade de caixa, os salários vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência (art. 151) até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador e os créditos trabalhistas de qualquer natureza até o limite de cento e cinquenta salários mínimos como prioritários, além dos decorrentes de acidentes de trabalho; f) o excedente, todavia, não terá essa prioridade e entrará na ordem de pagamentos como crédito quirografário.

§ 83. Dispensas coletivas

Sumário: 1. Conceito. 2. Os padrões internacionais: a Convenção n. 158 da OIT. 3. Dispensas coletivas e proteção contra arbitrariedade. 4. O direito brasileiro, a crise econômica e o problema da obrigatoriedade da negociação prévia às demissões. 5. O direito estrangeiro. 6. Alternativas para as dispensas coletivas.

1. Conceito

Como o direito legislado brasileiro não trata de dispensas coletivas, não há, em nosso ordenamento jurídico, um texto legal que a defina, o que nos obriga a formular, em nível doutrinário, uma definição. Para esse fim, convém inicialmente verificar de que modo o tema é posto no direito internacional e estrangeiro.

Em princípio, é possível conceituá-la como aquela que envolve diversos empregados dispensados ao mesmo tempo e pela mesma causa de despedir.

2. Os padrões internacionais: a Convenção n. 158 da OIT

O Governo brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 17 de setembro de 1992, ratificou a Convenção n. 158 da OIT — Organização Internacional do Trabalho e expediu o decreto de promulgação, publicado no *Diário Oficial da União*, de 11 de abril de 1996, com o que a referida Convenção entrou em vigor em nosso país. Até 1995 ela havia sido ratificada pela Suécia, Iugoslávia, Espanha, Vene-

zuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegóvina, Brasil, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia, num total de vinte e quatro ratificações.

Como vimos, o Brasil ratificou a Convenção n. 158 (1972), promulgou-a e a publicou no *Diário Oficial* (10-4-1996), e pouco tempo depois da publicação o Governo brasileiro resolveu denunciá-la (20-11-1996), conforme o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, com o que a referida Convenção deixou de vigorar em nosso território. Mas as diretrizes que apresenta servem como roteiro importante para o devido equacionamento da questão.

Convém mostrar mais detalhadamente as diretrizes principais da Convenção n. 158 e suas origens.

O problema da dispensa do empregado, pelas dimensões de que se reveste, adquiriu nível internacional, passando a figurar nos estudos desenvolvidos pela OIT, quer nas suas *Reuniões Plenárias*, quer nas suas *Comissões de Peritos*. Não é por outra razão que Nicolas Valticos[1] ressalta a considerável influência alcançada, em poucos anos, pelas regras estabelecidas pela OIT, como também G. von Potobsky[2] frisa que, ao procurar resumir as tendências mais recentes que inspiram o princípio geral da proteção contra o término injustificado do vínculo de emprego, o organismo internacional atacou um dos principais problemas do direito do trabalho.

Mais de um documento é dedicado pela OIT à matéria. A Convenção n. 98 dispõe sobre dispensas decorrentes de filiação ou atividade sindical (1949). A Convenção n. 135 e a Recomendação n. 143 sobre representantes dos trabalhadores (1971) também preceituam normas específicas para os trabalhadores nessa condição.

A Recomendação n. 119 (1963) representou importante passo ao estabelecer diretrizes gerais que mais tarde seriam ampliadas, entre as

---

1. *Derecho internacional del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 390.

2. La Recomendación de la OIT sobre la terminatión de la relación de trabajo, in *Estudios sobre derecho individual de trabajo*, homenagem a Mario L. Deveali, Buenos Aires, Heliasta, 1977, p. 593.

quais a noção de despedida com causa justificada. Significa o direito do empregado de não ser dispensado sem que um motivo o justifique.

De acordo com pesquisa da Comissão de Peritos da OIT, após a adoção da Recomendação n. 119, 45 países a adotaram expressamente em suas legislações ou convenções coletivas de trabalho, outros 12 países promoveram medidas contra dispensas abusivas ou injustificadas, dados que revelam a tendência do direito internacional e comparado no sentido de dar à ruptura do contrato de trabalho por ato do empregador uma nova disciplina jurídica.

Foram elaborados estudos, dos mais valiosos, sobre o tema, entre os quais o de Potobsky[3], que diz que as dispensas deveriam limitar-se aos casos extremamente graves, nos quais não se poderia esperar do empregador que agisse de outro modo.

A Convenção n. 158 sobre dispensa de empregado (1982) contém normas gerais destinadas a proteger o trabalhador contra as dispensas imotivadas.

Serão agora enumerados, em resumo, os seus principais itens:

a) Não se porá fim à relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa (art. 4º).

b) Não constituem causa justificada para a dispensa do empregado a filiação sindical, a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho, a candidatura do empregado a cargo de representação dos trabalhadores, a apresentação de reclamação trabalhista, a raça, cor, sexo ou estado civil, as cargas familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a origem nacional ou social do empregado e a ausência do serviço durante o período de maternidade ou enfermidade (arts. 5º e 6º).

c) O empregado não deve ser despedido sem ter a oportunidade de se defender das acusações que lhe são feitas (art. 7º).

d) O empregado deve ter o direito de recorrer a um Tribunal do Trabalho ou árbitro contra o ato da dispensa (art. 8º).

---

3. La Recomendación de la OIT, in *Estudios*, cit.

e) O órgão encarregado de julgar a dispensa, se não estiver autorizado por lei nacional a anulá-la ou a reintegrar o trabalhador, deve ter o poder de ordenar o pagamento de uma indenização ou outra reparação apropriada.

f) Havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

As diretrizes fixadas pela Convenção n. 158 representam os princípios que o direito do trabalho moderno, diversamente das suas posições anteriores, vem defendendo. Penetraram no direito interno de diversos países[4], como demonstra a própria aprovação da Convenção, que contou com a maioria dos votos dos países-membros da OIT, embora não contando com o apoio de outros países cuja legislação em alguns pontos não se compatibiliza com esses princípios, como é o caso do Brasil.

Consubstanciando as ideias do direito contemporâneo sobre extinção da relação de emprego, a Convenção n. 158 tem largamente influenciado a modificação de outros sistemas jurídicos. O peso das suas conclusões se fez sentir também em nosso país, reforçando os argumentos da doutrina restritiva do direito de dispensa.

Diversas questões foram discutidas sobre os seus efeitos em nosso ordenamento jurídico. Passarei a resumi-las.

Primeira, os reflexos da Convenção sobre a Constituição de 1988. O art. 7º, I, da Carta Magna dispõe que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa deve resultar de lei complementar, com o que se sustenta que há um atrito formal entre a Convenção e a Constituição brasileira, uma vez que somente por meio da via normativa indicada, a lei complementar, a matéria poderia ser regulamentada em nosso país.

Segunda, a hierarquia entre a Constituição brasileira e a Convenção da OIT. Esta, para alguns, sobrepõe-se àquela, diante do disposto

4. La Recomendación de la OIT, in *Estudios*, cit.

na própria Lei Magna, art. 5º, § 2º, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Há entendimento contrário, o da supremacia da Constituição sobre os tratados e convenções internacionais. A Constituição atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, *b*) para declarar a inconstitucionalidade de tratado, com o que o problema é resolvido pela prioridade da Constituição.

Terceira, a hierarquia entre a Convenção e a legislação infraconstitucional e a regra *lex posterior derogat priori*.

Quarta, a compatibilidade ou não do conteúdo da Convenção com o ordenamento constitucional brasileiro, portanto, a comparação entre as exigências para as dispensas de empregados nos dois textos normativos. Quanto às dispensas coletivas, a Lei Maior brasileira é totalmente omissa, uma vez que não cogita da distinção entre estas e as dispensas individuais. Estabelece, porém, genericamente, para vigorar enquanto não for elaborada lei complementar, a faculdade do empregador de dispensar os empregados, ainda que sem justa causa, mediante o pagamento de indenização de acréscimo sobre o FGTS (art. 10 do ADCT). A Constituição não prevê procedimento prévio de dispensas por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais da empresa, oportunidade de defesa do empregado dispensado individualmente antes da sua consumação e notificação das dispensas coletivas à autoridade administrativa. A Convenção tem essas exigências. Em nosso direito essa defesa é feita perante a Justiça do Trabalho por meio da competente ação.

Quinta, a existência ou não do direito de reintegração no emprego do empregado despedido imotivadamente. A Convenção, no art. 4º, veda dispensas imotivadas e, no art. 10, declara que, se as autoridades nacionais não estiverem habilitadas a anular as dispensas imotivadas, deverão, seguindo a prática ou a legislação interna, assegurar reintegração, indenização ou outra medida adequada, com o que a Convenção remete a solução do problema para o direito interno de cada país.

A Europa segue diretriz comum fixada, para todos os países-membros da União Europeia, de observância obrigatória, independentemente do seu direito interno, uma vez que se trata de norma interna-

cional comunitária que tem efeito imperativo sobre as leis nacionais, sobrepondo-se a estas, como passa a ser mostrado.

As dispensas coletivas no ordenamento jurídico da União Europeia seguem diretrizes uniformes em todos os Estados que a integram de acordo com as Diretivas 75/129/CEE, de 17 de fevereiro de 1975, e 92/56/CEE[5], de 24 de junho de 1992, que se harmonizam com as diretrizes da Convenção. A política trabalhista da União Europeia tem por finalidade reforçar a proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas, tendo em vista a necessidade de um desenvolvimento equilibrado na Comunidade.

Analisando essas regras, Miguel Colina Robledo[6] assinala que "o regime comunitário que estabelece os dois instrumentos de harmonização citados define o que poderíamos qualificar como extinções coletivas de relações de trabalho às quais haveriam de aplicar-se os procedimentos de informação, consulta e notificação dos representantes dos trabalhadores e de notificação à autoridade administrativa competente, na forma e nos prazos que o restante do texto articulado, a partir das notas definidoras, qualitativa uma, relacionada com os motivos determinantes daquelas, não inerentes à pessoa do trabalhador, e quantitativa a outra, em razão do número de trabalhadores afetados em relação com a dimensão da unidade da empresa ou centro de trabalho de que se trate e do período de tempo no qual se irão produzir as extinções.

Ficam à margem da regulamentação comunitária todas as demais questões que definem a instituição das dispensas coletivas, especialmente relativas às suas consequências, aos procedimentos especiais sobre determinados coletivos de trabalhadores em razão das suas características, assim como a delimitação exata de todos os pressupostos suscetíveis de determinar a extinção coletiva das relações de trabalho. Algumas dessas questões são certamente importantes pela incidência que podem

5. Diretivas são normas internas para toda a União Europeia, aprovadas pelo seu Parlamento e de aplicação obrigatória, inclusive pela aplicação dos tribunais de cada país.

6. La regulación de los despidos colectivos en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, *Relasur*, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Espanha, 1994, n. 4, p. 9.

ter em relação ao fator custo do trabalho e consequentemente por sua possível repercussão no princípio da competitividade econômica".

As Diretivas em questão, em resumo, estabelecem um *procedimento prévio de consulta às representações de trabalhadores*, com a finalidade de chegar a um acordo para evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente a ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos.

Reenviam, entretanto, às disposições internas de cada país, legisladas ou simplesmente praticadas, destinando-se a consulta a ensejar a oportunidade para que as representações dos trabalhadores possam formular propostas construtivas diante das informações recebidas quanto ao número de atingidos, funções, categorias, comparação com o número de empregados da empresa ou centro de trabalho, critérios levados em conta para designar os despedidos e, se a legislação nacional o exigir, normas de cálculo das indenizações da dispensa, dados esses que devem ser remetidos também à autoridade administrativa nacional.

Prescrevem ainda um *procedimento de dispensa coletiva*, a ser implementado num prazo de trinta dias, a contar da notificação à autoridade pública, podendo, no entanto, ser dispensada essa notificação segundo o direito interno de cada país ou nas hipóteses em que a referida autoridade solicitar expressamente as informações da empresa, assegurada "a faculdade dos Estados-membros de aplicar ou introduzir disposições legais, regulamentares ou administrativas ou de permitir e incentivar a aplicação de disposições convencionais mais favoráveis, para os trabalhadores" (art. 5º da Diretiva).

Refletiram-se sobre o direito da Itália, com a Lei n. 223, de 23 de julho de 1991, no dizer de Luisa Galantino, em sua obra *Diritto del lavoro* (1993), "substancialmente atuativa da diretoria comunitária 75/129, de 17 de fevereiro de 1975, sucessivamente modificada pela diretiva 92/56, de 24 de junho de 1992". Mostra a mesma autora que as dispensas coletivas, no direito do seu país, submetem-se a um procedimento sindical, judicial e público.

A fase sindical tem por finalidade a consecução de um acordo coletivo com base no qual a questão será resolvida. Não ocorrendo o entendimento, o empregador dará aviso prévio aos trabalhadores, le-

vando em conta, para efeitos de organização da dispensa, certos fatores pessoais do trabalhador, como os encargos familiares e a antiguidade. O controle judicial tem por finalidade julgar eventual impugnação sobre regularidade do processo, e, em caso de concluir-se que não estão presentes as exigências para redução do pessoal, a consequência pode consistir na anulabilidade de cada dispensa. Por outro lado, a intervenção pública resulta da atuação preventiva do Estado quanto à redução do pessoal e à promoção de medidas de natureza previdenciária, de desocupação dos trabalhadores, inclusive a promoção de cooperativas de produção.

Na Espanha já havia a figura das dispensas por causas objetivas, entre as quais as coletivas, por decisão unilateral do empregador, de modo que as regras da União Europeia pouco ou quase nada acrescentaram ao direito nacional espanhol. Houve a transposição de alguns preceitos para o Estatuto dos Trabalhadores, que passou por modificações introduzidas pela Lei n. 11, de 19 de maio de 1994, que alterou o art. 51 do Estatuto e as suas disposições atualizadas.

Essas disposições, em resumo, são as seguintes: 1) dispensa coletiva é a fundada em causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção, quando, em um período de noventa dias, a extinção do contrato afetar pelo menos: a) dez trabalhadores em empresas que ocupem menos de cem; b) 10% do número de empregados de empresa que ocupe entre cem e trezentos trabalhadores; c) trinta trabalhadores nas empresas que ocupem trezentos ou mais; 2) entende-se que existem as causas de dispensa coletiva quando esta é destinada a superar uma situação econômica negativa da empresa, organizativa da produção, que garanta a viabilidade futura da empresa e do emprego por meio de uma organização mais adequada dos recursos; 3) entende-se como coletiva, também, a dispensa que afete a totalidade do pessoal, sempre que o número de atingidos seja superior a cinco, presentes as causas já apontadas; 4) a empresa deve solicitar autorização para as dispensas por meio de um procedimento, que terá início mediante solicitação à autoridade competente de abertura de um período de consultas com os representantes dos trabalhadores; 5) essa solicitação deve ser acompanhada de toda a documentação necessária para a justificação da dispensa; 6) recebido o pedido, a autoridade competente verificará se estão presentes todos os requisitos necessários, ordenan-

do, em caso contrário, que sejam completados os documentos; 7) a referida autoridade comunicará à entidade gestora do seguro-desemprego o início do expediente; 8) durante o desenvolvimento da fase de consulta as partes poderão chegar a um acordo, a uma decisão arbitral, na forma prevista nos contratos coletivos, ou resolução da autoridade administrativa, que, ao comprovar a existência de causa econômica, técnica, organizativa ou da produção e a viabilidade do plano, autorizará o empresário a extinguir os contratos de trabalho; 9) os representantes dos trabalhadores terão prioridade de permanência na empresa; 10) a indenização devida pela empresa pelas dispensas corresponderá a vinte dias de salários por ano de serviço até o máximo de doze mensalidades, reduzida para 40% do valor nas empresas com menos de vinte e cinco trabalhadores.

Na França, também é lícita a dispensa coletiva por motivos econômicos, que Gérard Coutourier[7] explica como a oposta à decorrente de motivos pessoais do trabalhador, residindo o critério de distinção na sua causa, que é a supressão de postos de trabalho em razão das dificuldades econômicas da empresa.

A lei de 1975 autoriza a referida dispensa "por motivo econômico de ordem conjuntural ou estrutural"; a lei de 1989 definiu dispensa econômica como a "efetuada por um empregador por um ou muitos motivos não inerentes à pessoa do empregado resultante de uma supressão ou transformação do emprego ou de uma modificação substancial do contrato de trabalho, consequente notadamente das dificuldades econômicas ou de transformações tecnológicas" (Código do Trabalho, art. 1.321-1). Assim, como a lei francesa já previa essa forma de dispensa, a Diretiva da União Europeia de fevereiro de 1975 não trouxe modificações.

O país já dispunha de uma legislação sobre dispensas, pelo menos desde janeiro de 1975, distinguindo dispensas individuais e coletivas. O mesmo autor, Gérard Coutourier, resume o sistema de dispensas em três categorias: as dispensas individuais (lei de 1973), as grandes dispensas coletivas, que pressupõem um procedimento de entendimentos (lei de 1975), e as pequenas dispensas coletivas, assim consideradas

7. *Droit du travail, les relationes individuelles de travail*, Paris, PUF, 1990, p. 238.

aquelas que afetam de dois a nove empregados, acrescentando que a reforma legislativa de 1986 e 1989 deu certa unidade ao sistema.

Para dispensas decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos ou de reorganização da empresa, é obrigatório um procedimento.

Tem início com a elaboração, pela empresa, de um plano de dispensas, a reunião com os representantes do pessoal, participação de um perito contábil remunerado pela empresa para esclarecer questões técnicas sobre a situação econômica da empresa, um período de reflexão previsto no acordo nacional interprofissional de segurança do emprego de 1969, o envio de cartas de dispensa após o decurso do período, medidas sociais de acompanhamento aos trabalhadores atingidos, que podem prever diversas alternativas e providências paralelas — redução da jornada, trabalho em tempo parcial, conversão por acordo da dispensa em suspensão do contrato de trabalho e por um período que pode ir de quatro a dez meses e com pagamento de 65% dos salários pelo Fundo Nacional de Emprego —, reciclagem profissional, ajuda para a procura de novo emprego, preservação dos mais idosos, aviso prévio mais prolongado, que pode chegar a dois meses, e participação do Estado por meio da autoridade administrativa.

Inicialmente, as dispensas coletivas dependiam de autorização do Ministério do Trabalho, que, assim, exercia controle administrativo, dependendo, portanto, a extinção do contrato de autorização da autoridade. Atualmente, a participação da autoridade administrativa restringe-se a apontar irregularidades no processo de dispensa, e a necessidade dessa autorização foi suprimida em 1986, de modo que o sentido que na atual legislação está presente é o de mero acompanhamento do processo, que é fundamentalmente uma negociação, e o controle judicial do *Conseil de Prud'Hommes* refere-se mais à regularidade do processo e à garantia de indenizações à falta de causa real e séria para a dispensa ou de ausência dos motivos econômicos ou estruturais da empresa.

Em Portugal, o Código do Trabalho de 2003 (arts. 419 a 422) disciplina o procedimento de despedimentos coletivos, que se desenvolve em quatro partes.

Primeira, as *comunicações* escritas e obrigatórias, do empregador à representação dos trabalhadores, com cópia para o Ministério, ou,

à sua falta, às comissões sindicais da empresa e, na falta dessas entidades, a cada um dos trabalhadores, que podem criar uma comissão que os represente. As comunicações devem ser acompanhadas de descrição dos motivos do despedimento, quadro de pessoal por setores organizacionais da empresa, critérios de seleção para as dispensas, número de trabalhadores a serem despedidos, categorias profissionais abrangidas, período de duração da fase de despedimento coletivo e vantagens a mais a serem concedidas, além da indenização legal ou do contrato coletivo.

Segunda, as *informações* e a *negociação*, nos dez dias posteriores à data da comunicação, visando a um acordo ou à adoção de outras medidas, entre as quais a suspensão do contrato de trabalho, a redução da jornada, a reconversão e a requalificação profissional e as reformas ou pré-reformas.

Terceira, a *intervenção do Ministério responsável pela área*, que participa do procedimento visando superar as dificuldades e tentar conciliação, e, a pedido de qualquer das partes ou das entidades acima referidas, dos serviços regionais de emprego, da formação profissional e da seguridade social para soluções de suas respectivas áreas.

Quarta, a *decisão* com o acordo ou, à sua falta, a comunicação de dispensa a cada empregado pelo empregador, com menção expressa do motivo e da data da cessação do contrato, montante de compensação, forma e lugar do pagamento, com cópia para o Ministério e para a representação dos trabalhadores.

3. Dispensas coletivas e proteção contra arbitrariedade

É oportuna a discussão a respeito da regulamentação do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 e seus limites autorizados pela Lei Maior.

O dispositivo constitucional em questão assim declara:

"Art. 7º, I: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, *que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*" (grifo nosso).

Das Disposições Transitórias

"Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I — fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II — fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."

Já sabemos que as discussões travadas na Assembleia Nacional Constituinte tiveram como centro duas ideias contrapostas — a estabilidade e a indenização. Em princípio, prevaleceram propostas favoráveis à estabilidade no emprego, como a posição da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, pretendendo que, após a experiência de noventa dias, todo empregado seria estável e só poderia vir a ser despedido por falta grave apurada judicialmente. A Comissão da Ordem Social manteve as linhas básicas das propostas e tentou ampliá-las, descendo a detalhes incompatíveis com os fins de uma Constituição. Partiu-se para uma fórmula genérica do "contrato de trabalho protegido contra despedida imotivada ou sem justa causa, nos termos da lei". Porém não foi aceita. Por iniciativa de empresários do Rio Grande do Sul, começou a ganhar corpo a ideia da indenização substitutiva da estabilidade, e de tal modo essa proposta se destacou que, em torno dela, passaram a ser fixados os pontos básicos daí por diante examinados, chegando-se ao texto aprovado pelo Plenário.

A Constituição dispõe que a relação de emprego *será protegida contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, mediante o pagamento de indenização compensatória, entre outros direitos.*

Desde logo fica certo que o princípio seguido não é o da estabilidade plena. Esta foi afastada definitivamente pela mesma Constituição que generalizou como reparação da dispensa o FGTS e o acréscimo estabelecido nas disposições constitucionais transitórias.

Após o fundo de garantia, os empregados dispensados sem justa causa passaram a ter direito aos depósitos efetuados na conta bancária

no lugar da indenização. Desde então, com a alteração introduzida, todo trabalhador tem direito à indenização, ao ser despedido sem justa causa, sem prejuízo dos depósitos do fundo. Os dois direitos são cumulativos. Somam-se, portanto. Um não excluirá o outro, o saque dos depósitos e o acréscimo indenizatório.

Foram aprovadas pela Assembleia Constituinte disposições transitórias, segundo as quais, até a promulgação de lei complementar — a que se pretende regulamentar pelo projeto em debate —, a indenização será representada pela elevação da multa prevista para a dispensa, sem justa causa, aliás, estipulada pela antiga Lei n. 5.107, de 1966. Essa multa, que era de 10%, foi elevada em quatro vezes, portanto para 40%. Por outro lado, quando ocorrer dispensa por culpa recíproca ou nos casos de força maior, reconhecidos por sentença judicial, o percentual, antes indicado pela revogada Lei n. 5.107, de 5%, foi elevado para 20%.

Introduziu, ainda, a Constituição de 1988, a figura da *dispensa arbitrária*. Não é o mesmo que dispensa sem justa causa, já que a Constituição faz referência às duas figuras — à dispensa arbitrária e à dispensa sem justa causa —, o que faz supor que aquela contemple hipóteses mais amplas do que esta. Essas hipóteses serão as definidas pela lei.

Refere-se, também, a *outros direitos,* além da indenização compensatória, a serem definidos também pela lei, e que não estão previstos com o que se abre uma oportunidade para a adoção de medidas efetivamente protecionistas contra a dispensa arbitrária, como a introdução de um sistema legal de disciplina das dispensas discriminatórias.

De outro lado, foram preservadas as estabilidades provisórias previstas em lei, contratos ou sentenças normativas, como as do membro da CIPA, do dirigente sindical, da gestante etc. A nova Constituição não as excluiu. A disciplina jurídica dessas figuras especiais é atingida em alguns pontos pelas diretrizes estabelecidas pela Constituição.

Em que consiste a proteção da relação de emprego?

A Constituição indica as formas que considera de proteção — a *indenização compensatória prevista na Lei Complementar* — mas não exclui outras, desde que com a indenização não se contraponha, de modo que permita a instituição de um sistema amplo que, uma vez criado, não contrarie, ao contrário, enquadre-se nos limites pretendidos.

Proteger a relação de emprego é, em princípio, impedir que se extinga que possa ser desfeita sem atender aos direitos do trabalhador ou que seja extinta sem justificação.

Assim, não é possível afastar a interpretação segundo a qual a proteção da relação de emprego consiste na adoção de medidas ordenatórias da dispensa imotivada do trabalhador, sendo uma forma de restrição ao direito potestativo de despedir. Coincidiria, de certo modo, com a ideia de estabilidade absoluta e seria mesmo identificável com ela, caso não tivesse a Constituição indicado a possibilidade de indenização de dispensa.

Proteção da relação de emprego significa, também, em outro sentido, um conjunto de providências do Estado desenvolvidas no sentido de permitir que o mercado de trabalho permaneça dinâmico, oferecendo número de vagas suficiente para que seja atendida a demanda, ideia que se identifica com a do direito ao trabalho.

Diversas Constituições referem-se ao *direito ao trabalho,* dimensão econômica desse tema, entremeando-se com a garantia de emprego, incumbência do Estado mediante planos de política econômica e social, voltada para possibilitar o ingresso dos jovens no mercado de trabalho, e a existência de vagas suficientes para o atendimento da força do trabalho, no Brasil, a maior da América Latina, seguido pelo México. É a execução de políticas públicas de pleno emprego, antirrecessivas, e o direito à assistência material dos que involuntariamente se encontram desempregados, em nosso caso efetivada por meio do seguro-desemprego, cujos gastos subiram, de 2002 a 2006, em 17%.

Compreendido como garantia econômica, o direito ao trabalho é a expressão jurídica dessa realidade, mas os mecanismos que a Constituição prevê não podem ser desvirtuados por meio da regulamentação dos seus comandos, sem que nisso ocorra uma direta inconstitucionalidade. Somente por meio de reforma do art. 7º, I, será possível introduzir no ordenamento jurídico brasileiro outra forma de garantia da dispensa arbitrária ou sem justa causa que afaste a indenização, direito atribuído ao empregador, não ao empregado, o que afasta a validade jurídica de propostas de escolhas optativas pelo empregado.

Proteção da relação de emprego quer dizer também a garantia da disciplina da dispensa coletiva resultante de causas econômicas ou de força maior, bem como de causas técnicas ou de organização da empresa, forçada a reduzir os seus quadros.

Coletiva é a dispensa por causas econômicas e tecnológicas que em determinado período atingir certo número de trabalhadores da mesma empresa. No Brasil esse tipo coletivo de dispensa não é disciplinado por lei, todavia, com os mesmos propósitos objetivados pela Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, foi aqui criada a figura da *Dispensa Voluntária*, que se generalizou em nossas relações de trabalho para o mesmo fim com que é regulamentada na legislação europeia.

Reintegração é corolária da estabilidade, esta significa nulidade da dispensa. A Constituição prevê *indenização* como meio reparatório da despedida sem justa causa ou arbitrária; portanto, para ambas as formas, indenização e estabilidade, sendo antíteses, uma vez que estabilidade significa reintegrar, e indenizar quer dizer reparar quem já está despedido, tornam a proposta inviável sob o aspecto jurídico. Ora, se a Lei Maior ordena que a regulamentação por lei complementar do seu texto se faça mediante indenização, os outros direitos a que se refere não poderão contrapor-se ao comando central e nuclear que é indenização. Em outras palavras, a regulamentação poderá prever tudo o que quiser, menos o que se atritar com o direito de despedir, indenizando. Assim, não só pela letra da lei como do propósito do legislador Constituinte, como se vê pelo histórico dos debates, supunha-se definitivamente resolvido esse problema em 1988. Mas agora se quer reanimá-lo.

A primeira distinção básica a ser observada refere-se à natureza das medidas protecionistas, já que existem medidas econômicas e medidas jurídicas propriamente ditas, com o que se impõe desde logo estabelecer uma diferença entre estabilidade econômica e estabilidade jurídica. Estabilidade econômica é um objetivo geral a ser alcançado por toda pessoa mediante os meios que são apresentados pelas leis econômicas e que, no caso do empregado, são mais limitados, mas não a ponto de afastar a sua consecução. Em razão dessa limitação, o Estado deve interferir para que também o empregado possa de algum modo, atingir estabilidade econômica e segurança. Sob esse prisma não há antinomia entre estabilidade e mobilidade na ordem trabalhista, pois as técnicas de estabilidade econômica são mais amplas e transcendem os limites traçados pela relação de emprego. Envolvem medidas que se destinam a garantir ao trabalhador o seu ingresso numa empresa e determinadas reparações econômicas. Assim, são técnicas

de estabilidade econômica as disposições relativas à recolocação do trabalhador despedido por meio de agências oficiais ou não oficiais; técnicas de natureza previdenciária, como seguro-desemprego; técnicas de reparações pela perda do emprego, como indenizações, e, no Brasil, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço etc. Destinam-se, portanto, a eliminar a insegurança econômica do trabalhador, cercando-o de garantias para que a sua sobrevivência não sofra maiores abalos. Uma política de pleno emprego é medida de estabilidade econômica, como frisa Gérard Lyon-Caen, e toda sociedade moderna deve, como bem ressalta Raoul Danaho, assegurar o objetivo maior do pleno emprego, considerada a economia moderna como economia de trabalho, na qual 90% da população ativa é constituída de assalariados. Nesse ângulo, a estabilidade econômica ultrapassa o domínio jurídico, porque não é apenas o emprego que se põe na linha das suas técnicas, mas todo meio destinado a garantir a renda mínima de que todo ser humano necessita para ser uma criatura útil e produtiva.

A necessidade de despedir, diante de conjuntura econômica, que leva o empregador à redução do pessoal, pesou na construção do conceito, e da sua aplicação resulta um abrandamento no rigor da estabilidade para que coexista com hipóteses nas quais a manutenção do emprego não é possível. Se o objetivo precípuo da sociedade brasileira é o desenvolvimento econômico mediante processo de competição, o instituto da estabilidade no emprego, de interesse individual de cada trabalhador, deve ser substituído por outra garantia, como fez o art. 7º, I, da CF, que se pretende regulamentar, compatível com o interesse coletivo de manutenção do poder competitivo das unidades econômicas.

Assim como os conceitos de estabilidade econômica e estabilidade jurídica não se confundem em face da maior amplitude daquela, para precisar *a* noção desta deve-se distingui-la das medidas que dificultam a dispensa. As leis, as convenções coletivas e os contratos individuais podem conter disposições, como realmente contêm que tornam a iniciativa do empregador mais onerosa.

Há, no entanto, que se ressaltar que seria exagerado considerar a indenização medida de estabilidade imprópria ou relativa, porque a sua finalidade não é a preservação do emprego, *mas a reparação* pela perda do emprego, motivo que me leva a afastar tal enquadramento, bem como de quantas medidas que da mesma maneira não conservam

o contrato, apenas encaminham a sua extinção, como o aviso prévio. Como estabilidade, no sentido puro, é uma garantia básica: a impossibilidade de dispensa do empregado, salvo causas expressamente previstas em lei. Fora daí estaremos em outro terreno, mas não no da estabilidade, que é o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empresário, enquanto inexistir causa relevante que justifique sua despedida.

Em alguns sistemas jurídicos, as leis ou outras normas asseguram ao empregado o direito de pedir judicialmente reintegração no emprego, porém facultam *ao empregador* a escolha entre reintegrar ou pagar indenização compensatória, portanto uma indenização de não reintegração, relacionada não com a antiguidade ou o emprego propriamente ditos, mas com o ato de escolha do empregador. Este tem a opção, entre as duas alternativas, de escolher uma delas. O empregado não pode opor-se à preferência, que, dessa maneira, é alheia a sua vontade.

No Brasil não é possível escolha do empregado ou mesmo do Juiz, que terá de cumprir a lei e resguardar o direito constitucional. A dispensa é indenizável (CF, art. 7º, I). Não há estabilidade. Reintegração só é fundada na lei nos casos de estabilidades especiais. Evidentemente, o empregado não terá o direito de não ser despedido, uma vez que pode ser despedido, contanto que receba indenização. Assim, o texto constitucional (art. 7º, I) promete proteção, mas dá apenas reparação à dispensa. Em princípio, estabilidade e reintegração complementam-se como dois atos de uma mesma figura complexa, já que de nada adianta assegurar estabilidade e negar a reintegração, como impossível será indenizar e reintegrar.

O posicionamento da Organização Internacional do Trabalho quanto *à* dispensa de empregado é expresso pela Convenção n. 158, sobre extinção da relação de trabalho, por iniciativa do empregador, que entrou em vigor em 23 de novembro de 1985 e foi, até dezembro do mesmo ano, ratificada por Chipre, Espanha, Nigéria, Suécia, Venezuela e Iugoslávia.

4. O direito brasileiro, a crise econômica e o problema da obrigatoriedade da negociação prévia às demissões

Com a crise de 2009 e as dispensas coletivas no Brasil evidenciou-se uma questão que provocou divergências de interpretação. É o

problema da obrigatoriedade da negociação prévia antes das dispensas coletivas, sobre o qual dois entendimentos contrapuseram-se nos debates e nas decisões judiciais, um pendendo para a ilegalidade das dispensas coletivas sem a tentativa de negociação prévia, outro pela possibilidade das dispensas sem obrigatoriedade de negociação coletiva prévia com os sindicatos.

Pela necessidade da negociação prévia, como principais argumentos, estão dois dispositivos da lei, o primeiro segundo o qual "os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva" (CLT, art. 616); o segundo, o princípio da "valorização da dignidade da pessoa humana" (CF, art. 1º, III). Mais direto e consistente é aquele. Menos direto e muito amplo é este que não indica que entre os meios pelos quais a valorização da dignidade do ser humano deve ser preservada está a obrigatoriedade da negociação prévia às dispensas coletivas, conquanto seja razoável negociar antes de despedir.

Pela desnecessidade da negociação coletiva prévia às dispensas coletivas está a inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de lei que assim o determine, embora existente preceito legal que imponha a obrigatoriedade da negociação coletiva quando diante de sua provocação, mas não do resultado da negociação, e a denúncia, pelo Brasil, da Convenção n. 158, tema que a esta altura está sendo julgado pelo STF, que discute aspectos formais da referida denúncia.

Crise econômica é um fenômeno episódico. Paradoxalmente, é episódico, mas convive com o direito do trabalho através dos tempos, de modo intermitente. Tem várias dimensões. Anda de mãos dadas com as variações do sistema econômico mundial, nacional e empresarial e, por consequência, com o problema dos empregos e a necessidade da sua manutenção. Assim, é companheira, por mais que se queira evitá-la, do Direito do Trabalho. É correta a *culpabilização* do Direito do Trabalho a respeito das consequências da crise econômica? Evidentemente, não. Suas causas são outras, como ficou a todos evidente com a crise de 2009, que começou nos Estados Unidos da América, país no qual o ordenamento jurídico nem sequer é legislado — salvo raríssimas leis — e é fundamentalmente negociado entre os sindicatos e empresas.

Como a crise econômica é uma realidade que tem acompanhado o Direito do Trabalho, a intermitências, convertendo-se, portanto, em "companheiro de viagem histórico", como já se falou, no quadro institucional do nosso Direito é de toda conveniência a previsão de medidas adequadas para a salvaguarda dos interesses dos trabalhadores, entre os quais a preservação das empresas sem as quais os empregos serão perdidos.

A partir da metade dos anos 70 do século XX o Direito do Trabalho e as crises econômicas com desemprego deixaram marcas profundas, que levaram novas leis, por alguns não compreendidas, a defender não só o ideal da proteção do trabalhador, mas também a atender aos interesses da gestão e da preservação empresarial.

A OIT — Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 168, sobre promoção do emprego e proteção contra o desemprego, na 75ª Reunião, 1988, e que está em vigor no plano internacional desde 17 de outubro de 1991. Foi ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 89, de 10 de dezembro de 1992, do Congresso Nacional, em 24 de março de 1993, com vigência em 24 de março de 1994.

O Direito do Trabalho brasileiro está preparado para enfrentar a crise econômica por muitos anunciada e que atingiu diversos países nos quais milhares de empregados perderam seus empregos em decorrência da situação das empresas e da economia dos seus respectivos países?

A pergunta não tem sido frequente entre nós, o que é um sinal de que no passado dificuldades dessa natureza foram superadas, não deixando, nas relações entre trabalhadores e empregadores, sequelas que tivessem merecido atenção maior dos nossos historiadores.

Convém, no entanto, numa síntese, mostrar o instrumental de que dispõe o nosso ordenamento jurídico para os períodos de crise em nossa economia.

A expressão instrumentos do nosso ordenamento jurídico é usada para designar o conjunto de normas jurídicas que o integram, destinadas a estabelecer diretrizes sobre autorização ou proibição à empresa sobre o que fazer ou não fazer nos casos de crise econômica que tenha reflexos em sua atividade.

Não se trata, portanto, de outros aspectos do tema, que é multidisciplinar, envolvendo questões sociais, econômicas e políticas. A questão aqui será examinada unicamente no plano jurídico para avaliar as disposições legais sobre dispensas de empregados ou outras medidas alternativas para o corte de empregados num período de crise mundial da economia. É o que o direito italiano denomina direito do trabalho de emergência ou de crise (*v.* Tosi e Lunardon, *Introduzione al diritto del lavoro*).

Estaria nossa lei preparada para a devida proteção dos empregos? Faculta a dispensa do empregado? Em caso contrário, quais as alternativas que oferece em substituição à dispensa dos trabalhadores?

Dar-se-á destaque não só ao direito brasileiro, mas também ao de alguns países cujas leis tratam de dispensa por motivos econômicos, como o italiano, o espanhol e o português, além das diretrizes da União Europeia. Não é fácil transpor para um país as ideias que prevalecem em outros países, mas não podemos voltar as costas para o que acontece no mundo, em especial diante de efeitos globalizados da crise econômica. Desde já fica a nossa impressão de que temos de aperfeiçoar o nosso sistema de leis. É anacrônico e tem de passar por urgentes modificações.

Não há diferença, em nossa lei, o que é grave omissão, entre dispensa por motivos econômicos e dispensa sem justa causa, porque aquela não é prevista, com o que a rescisão contratual por motivos econômicos é enquadrada como dispensa sem justa causa, com os mesmos ônus para a empresa e ressarcimentos para o empregado despedido. Não é exigível examinar a situação da empresa ou se nela há um motivo ponderável para autorizar o desligamento do trabalhador. Nosso sistema é o da dispensa com ou sem justa causa, neste último caso asseguradas as reparações indenizatórias da dispensa, mas não a garantia dos empregos. Toda empresa pode despedir os seus empregados sem justa causa, desde que lhes pague as verbas rescisórias. No caso de justa causa, as verbas rescisórias são indevidas. O emprego só é assegurado aos portadores de estabilidades especiais: dirigentes sindicais, "cipeiros", gestantes, acidentados ou outras hipóteses previstas em lei ou em convenções coletivas de trabalho, no caso desta, por exemplo, a estabilidade pré-aposentadoria.

No sistema constitucional brasileiro a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa faz-se mediante o pagamento de indenização (CF, art. 10 do ADCT), garantida a estabilidade para casos especiais, como os do dirigente sindical (CF, art. 8º, VIII), da gestante e do "cipeiro" (CF, art. 10 do ADCT). Logo, o direito do empregado despedido, nas dispensas individuais, é à indenização, como regra constitucional geral, no caso o acréscimo sobre o FGTS, abolida que foi, pela Constituição de 1988, a estabilidade decenal e generalizado, independentemente de opção, o enquadramento dos empregados no regime do FGTS, substitutivo da estabilidade decenal, salvo para os que antes de 1988 adquiriram o direito. A reintegração no posto de trabalho é garantida apenas para os portadores das estabilidades especiais.

Crise econômica é justa causa para a dispensa dos empregados?

Não está na relação das hipóteses típicas de justa causa da lei (CLT art. 482) a crise econômica; logo, em um sistema taxativo como é o nosso, *nulla justa causa sine lege*. Em outras palavras, só é justa causa o fato típico que a lei descreve como tal. Portanto, as dispensas de empregados em razão de crise econômica equivalem, no direito brasileiro, a despedimentos sem justa causa, com os ônus, para a empresa, desse tipo de ruptura contratual, ou seja, o dever de reparar o trabalhador despedido com as indenizações de dispensa sem justa causa, também chamadas verbas rescisórias.

Discute-se, também, neste ponto, outro aspecto.

Crise econômica é *força maior*?

Se a resposta for afirmativa e se as dispensas resultarem de fechamento da empresa ou do estabelecimento em que os empregados trabalhavam, aplicável, preenchidos esses dois pressupostos — força maior e fechamento da empresa ou estabelecimento —, é o art. 502 da CLT, segundo o qual, "ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurado a este quando despedido, uma indenização na forma seguinte: I — sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478; II — não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa; III — havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479, desta Lei, reduzida igualmente à metade".

Ocorrem-nos as explicações que seguem.

Nos casos de força maior que provoque a cessação das atividades da empresa ou de estabelecimento desta — e em função deste ou destes estabelecimentos —, os estáveis, tendo em vista a cessação das atividades, terão os seus contratos individuais de trabalho também, como não poderia deixar de ser, extintos. Segue-se que a empresa não está desonerada de reparar as dispensas daí decorrentes. As indenizações de dispensas serão calculadas em valores menores, a metade das verbas rescisórias integrais. O problema jurídico que se põe está em saber se crise econômica é força maior. O conceito legal de força maior (CLT, art. 501) autoriza a resposta afirmativa. É que crise econômica é acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização da qual este não concorreu, direta ou indiretamente, principalmente uma crise gerada em outro país. Mesmo assim, cabe discussão do caso concreto, por exemplo, de empresa brasileira que abusou do uso de contratos de derivativos, caso em que se discutirá se o abuso configura ou não a excludente legal, do conceito de força maior, da imprevidência, porque se a empresa foi imprevidente concorreu para o resultado, com o que a situação não será tipificada como força maior.

Quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza de ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que a prevê a Convenção n. 158 da OIT — Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação — como os mais antigos etc. —, seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do contrato de trabalho por um prazo, as negociações com a representação dos trabalhadores, a participação de órgãos governamentais de colocação ou reciclagem profissional, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta.

Duas medidas se impõem para que o nosso ordenamento jurídico possa equiparar-se aos que dispensam maior proteção ao trabalhador diante de crise econômica, global, nacional ou de uma empresa. Primeira, a atualização das nossas leis que tratam do tema, tendo em vista que a primeira é de 1965 e dispõe sobre a redução da jornada e

dos salários, a mesma lei que foi utilizada em 2009 em alguns casos, a respeito da qual persistem dúvidas de interpretação. A primeira dúvida é se essa lei (n. 4.923, de 1965) foi ou não recepcionada pela Constituição de 1988. A segunda é a redução salarial de 25% a que se refere, pois para alguns essa parte da lei é incompatível com o art. 7º, VI, da Constituição de 1988, que não tem nenhum teto para a redução salarial, aspecto que é para outros irrelevante.

5. O direito estrangeiro

A Europa segue diretriz comum fixada para todos os países-membros da União Europeia, de observância obrigatória, independentemente do seu direito interno, de normas comunitárias. As dispensas coletivas, no ordenamento jurídico da União Europeia, seguem diretrizes uniformes em todos os Estados que a integram de acordo com as Diretivas 75/129/CEE, de 17 de fevereiro de 1975, e 92/56/CEE, de 24 de junho de 1992, que se harmonizam com as regras da Convenção n. 158 da OIT.

A política trabalhista da União Europeia tem por finalidade reforçar a proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas, tendo em vista a necessidade de um desenvolvimento equilibrado na Comunidade.

As Diretivas em questão, em resumo, estabelecem um *procedimento prévio de consulta às representações de trabalhadores*, com a finalidade de chegar a um acordo para evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente a ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos.

Prescrevem ainda um *procedimento de dispensa coletiva*, a ser implementado num prazo de trinta dias, a contar da notificação à autoridade pública, podendo, no entanto, ser dispensada essa notificação segundo o direito interno de cada país ou nas hipóteses em que a referida autoridade solicitar expressamente as informações da empresa, assegurada "a faculdade dos Estados-membros de aplicar ou introduzir disposições legais, regulamentares ou administrativas ou de permitir e incentivar a aplicação de disposições convencionais mais favoráveis, para os trabalhadores" (art. 5º da Diretiva).

As normas da União Europeia refletiram sobre o direito da Itália, com a Lei n. 223, de 23 de julho de 1991, no dizer de Luisa Galantino, em sua obra *Diritto del lavoro* (1993), "substancialmente atuativa da diretoria comunitária 75/129, de 17 de fevereiro de 1975, sucessivamente modificada pela diretiva 92/56, de 24 de junho de 1992".

Mostra a mesma doutrinadora que as dispensas coletivas, no direito do seu país, submetem-se a um procedimento sindical, judicial e público.

A fase sindical tem por finalidade a consecução de um acordo coletivo com base no qual a questão será resolvida. Não ocorrendo o entendimento, o empregador dará aviso prévio aos trabalhadores, levando em conta, para efeitos de organização da dispensa, certos fatores pessoais do trabalhador, como os encargos familiares e a antiguidade.

O controle judicial tem por finalidade julgar eventual impugnação sobre regularidade do processo, e, em caso de concluir-se que não estão presentes as exigências para redução do pessoal, a consequência pode consistir na anulabilidade de cada dispensa.

A intervenção pública resulta da atuação preventiva do Estado quanto à redução do pessoal e à promoção de medidas de natureza previdenciária, de desocupação dos trabalhadores, inclusive a promoção de cooperativas de produção.

Na Espanha já havia a figura das dispensas por causas objetivas, entre as quais as coletivas, por decisão unilateral do empregador, de modo que as regras da União Europeia pouco ou quase nada acrescentaram ao direito nacional espanhol. Foram transpostos alguns preceitos para o Estatuto dos Trabalhadores, que passou por modificações introduzidas pela Lei n. 11, de 19 de maio de 1994, que alterou o art. 51.

Essas disposições, em resumo, são as seguintes:

— dispensa coletiva é a fundada em causas econômicas, técnicas, organizativas ou de produção, quando, em um período de noventa dias, a extinção do contrato afetar pelo menos: a) dez trabalhadores em empresas que ocupem menos de cem; b) 10% do número de empregados de empresa que ocupe entre cem e trezentos trabalhadores; c) trinta trabalhadores nas empresas que ocupem trezentos ou mais;

— entende-se que existem as causas de dispensa coletiva quando esta é destinada a superar uma situação econômica negativa da em-

presa, organizativa da produção, que garanta a viabilidade futura da empresa e do emprego por meio de uma organização mais adequada dos recursos;

— entende-se como coletiva, também, a dispensa que afete a totalidade do pessoal, sempre que o número de atingidos seja superior a cinco, presentes as causas já apontadas;

— a empresa deve solicitar autorização para as dispensas por meio de um procedimento, que terá início mediante solicitação à autoridade competente de abertura de um período de consultas com os representantes dos trabalhadores;

— essa solicitação deve ser acompanhada de toda a documentação necessária para a justificação da dispensa;

— recebido o pedido, a autoridade competente verificará se estão presentes todos os requisitos necessários, ordenando, em caso contrário, que sejam completados os documentos;

— a referida autoridade comunicará à entidade gestora do seguro-desemprego o início do expediente;

— durante o desenvolvimento da fase de consulta as partes poderão chegar a um acordo, a uma decisão arbitral, na forma prevista nos contratos coletivos, ou resolução da autoridade administrativa, que, ao comprovar a existência de causa econômica, técnica, organizativa ou da produção e a viabilidade do plano, autorizará o empresário a extinguir os contratos de trabalho;

— os representantes dos trabalhadores terão prioridade de permanência na empresa;

— a indenização devida pela empresa pelas dispensas corresponderá a vinte dias de salários por ano de serviço até o máximo de doze mensalidades, reduzida para 40% do valor nas empresas com menos de vinte e cinco trabalhadores.

Na França também é lícita a dispensa coletiva por motivos econômicos, que Gérard Coutourier explica como a oposta à decorrente de motivos pessoais do trabalhador, residindo o critério de distinção na sua causa, que é a supressão de postos de trabalho em razão das dificuldades econômicas da empresa.

A lei da França de 1975 autoriza a referida dispensa "por motivo econômico de ordem conjuntural ou estrutural"; a lei de 1989 definiu dispensa econômica como a "efetuada por um empregador por um ou muitos motivos não inerentes à pessoa do empregado resultante de uma supressão ou transformação do emprego ou de uma modificação substancial do contrato de trabalho, consequente notadamente das dificuldades econômicas ou de transformações tecnológicas" (Código do Trabalho, art. 1.321-1). Assim, como a lei francesa já previa essa forma de dispensa, a Diretiva da União Europeia de fevereiro de 1975 não trouxe modificações.

A França já dispunha de uma legislação sobre dispensas pelo menos desde janeiro de 1975, distinguindo dispensas individuais e coletivas. O mesmo autor, Gérard Coutourier, resume o sistema de dispensas em três categorias: as dispensas individuais (lei de 1973), as grandes dispensas coletivas, que pressupõem um procedimento de entendimentos (lei de 1975), e as pequenas dispensas coletivas, assim consideradas aquelas que afetam de dois a nove empregados, acrescentando que a reforma legislativa de 1986 e 1989 deu certa unidade ao sistema.

Para dispensas decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos ou de reorganização da empresa, é obrigatório um procedimento, que tem início com a elaboração, pela empresa, de um plano de dispensas, a reunião com os representantes do pessoal, participação de um perito contábil remunerado pela empresa para esclarecer questões técnicas sobre a situação econômica da empresa, um período de reflexão previsto no acordo nacional interprofissional de segurança do emprego de 1969, o envio de cartas de dispensa após o decurso do período, medidas sociais de acompanhamento aos trabalhadores atingidos, que podem prever diversas alternativas e providências paralelas — redução da jornada, trabalho em tempo parcial, conversão por acordo da dispensa em suspensão do contrato de trabalho e por um período que pode ir de quatro a dez meses e com pagamento de 65% dos salários pelo Fundo Nacional de Emprego —, reciclagem profissional, ajuda para a procura de novo emprego, preservação dos mais idosos, aviso prévio mais prolongado, que pode chegar a dois meses, e participação do Estado por meio da autoridade administrativa.

Inicialmente, as dispensas coletivas dependiam de autorização do Ministério do Trabalho, que, assim, exercia controle administrativo, dependendo, portanto, a extinção do contrato de autorização da autoridade. Atualmente, a participação da autoridade administrativa restringe-se a apontar irregularidades no processo de dispensa, e a necessidade dessa autorização foi suprimida em 1986, de modo que o sentido que na atual legislação está presente é o de mero acompanhamento do processo, que é fundamentalmente uma negociação, e o controle judicial do *Conseil de Prud'Hommes* refere-se mais à regularidade do processo e à garantia de indenizações à falta de causa real e séria para a dispensa ou de ausência dos motivos econômicos ou estruturais da empresa.

Em Portugal, o Código do Trabalho de 2003 (arts. 419 a 422) disciplina o procedimento de despedimentos coletivos.

Desenvolve-se em quatro partes.

Primeira, as *comunicações* escritas e obrigatórias, do empregador à representação dos trabalhadores, com cópia para o Ministério, ou, à sua falta, às comissões sindicais da empresa e, na falta dessas entidades, a cada um dos trabalhadores, que podem criar uma comissão que os represente. As comunicações devem ser acompanhadas de descrição dos motivos do despedimento, quadro de pessoal por setores organizacionais da empresa, critérios de seleção para as dispensas, número de trabalhadores a serem despedidos, categorias profissionais abrangidas, período de duração da fase de despedimento coletivo e vantagens a mais a serem concedidas, além da indenização legal ou do contrato coletivo.

Segunda, as *informações* e a *negociação*, nos dez dias posteriores à data da comunicação, visando a um acordo ou à adoção de outras medidas, entre as quais a suspensão do contrato de trabalho, a redução da jornada, a reconversão e a requalificação profissional e as reformas ou pré-reformas.

Terceira, a *intervenção do Ministério responsável pela área*, que participa do procedimento visando a superar as dificuldades e a tentar conciliação, e, a pedido de qualquer das partes ou das entidades acima referidas, dos serviços regionais de emprego, da formação profissional e da seguridade social para soluções de suas respectivas áreas.

Quarta, a *decisão* com o acordo ou, à sua falta, a comunicação de dispensa a cada empregado pelo empregador, com menção expressa do motivo e da data da cessação do contrato, montante de compensação, forma e lugar do pagamento, com cópia para o Ministério e para a representação dos trabalhadores.

As novas linhas que presidem a disciplina jurídica da dispensa estão nítidas no resultado do confronto entre as legislações modernas, de tal modo que as diretrizes que as inspiram podem ser identificadas sem muito esforço e, para esse fim, os sistemas jurídicos restringem a liberdade do empregador, rompendo a simetria antes existente entre as partes do contrato.

6. Alternativas para as dispensas coletivas

Uma alternativa para a dispensa comum é a dispensa que tem uma pauta, um programa oferecido pela empresa, com incentivos para que o empregado se disponha a ser despedido. Programa de dispensa voluntária é uma forma de extinção do contrato que nasceu como decorrência da prática de empresas que, tendo como finalidade reduzir o quadro do pessoal, quer por motivos de ordem econômica, quer tendo em vista razões de reorganização, oferecem uma oportunidade para aqueles que quiserem ser dispensados do emprego, possibilitando-lhes direitos mais amplos do que os previstos em lei, mediante o pagamento, além dos valores devidos por lei, de uma indenização.

Portanto, a sua justificação é encontrada nas exigências do processo produtivo, em situações nas quais forem inafastáveis providências para regularização do número de empregados, ou porque esse número ultrapassa as dimensões de que a empresa necessita, ou porque a nova tecnologia supre a necessidade de um quadro de pessoal numeroso, ou porque novas metas de orçamentos gerenciais são fixadas pela empresa.

Os custos da dispensa voluntária são mais elevados, por ser parte integrante da motivação para que os empregados a aceitem oferecer um *plus*, que é o que os induzirá a aceitar a dispensa, e que poderá ser a indenização especial ou outra vantagem, como complementação de aposentadoria — no caso de coincidir a extinção do contrato com a aposentadoria —, um plano de seguro de vida, continuidade da assis-

tência à saúde nos planos da empresa, cursos de reciclagem profissional, prioridade para eventual readmissão e outras concessões.

A implementação do programa se faz por prazo determinado, anunciado pela empresa, por escrito, com as vantagens e condições que instituir, de modo unilateral. Pode, também, resultar de negociação com as representações dos trabalhadores na empresa ou de acordo coletivo com o sindicato. Não há forma definida em lei. Aliás, a lei não prevê essa forma de extinção do contrato, que não é ilegal sempre que não forem reduzidos, mas, ao contrário, aumentados os direitos ou pagamentos do empregado que a lei prevê para as dispensas sem justa causa.

Do programa escrito constam, também, os prazos de adesão pelos empregados interessados, períodos a partir dos quais terão início os desligamentos, vantagens decrescentes ou proporcionais ao tempo de serviço, critérios de contagem do tempo de serviço para o cálculo da indenização a mais, remuneração básica para esses cálculos, ressalvas como setores da empresa ou funções para as quais o plano não será estendido, possibilidade ou não de desistência pelo empregado aderente e regras para aceitação das adesões pelo empregador.

Como questões jurídicas que o Programa de Dispensa Voluntária oferece, sublinhem-se as que seguem: a) a sua validade, já admitida pela jurisprudência (TST, RO-AR 43.586/98, SDC, Rel. Min. Moacyr Roberto Tesch Auersvald); b) a possibilidade de reclamação, pelo empregado, de outros títulos não quitados (TRT/SP, 7ª T., RO 2.970.330.959, Rel. Gualdo Amauri Formica); c) o direito do empregado de impugnar judicialmente quando a empresa descumprir as obrigações a que se propôs com o oferecimento do plano (TRT/12ª Reg, 766.396, Rel. Humberto D. Rufino); d) a natureza indenizatória do pagamento acrescido em razão da dispensa (TST, RR 238.021/95, 4ª T., Rel. Min. Milton de Moura França); e) a não incidência de imposto de renda sobre a indenização (TST, SDI-I, OJ n. 207); f) e os efeitos de quitação exclusivamente sobre as parcelas e os valores constantes do recibo, não alcançando outras não especificadas em título quantitativo pago (TST, SDI-I, OJ n. 270).

O Programa, para a empresa, oferece como vantagem a redução dos custos da folha de pagamentos de empregados. Mas corre um risco: perder os melhores empregados, porque são estes que estão mais

à vontade para conseguir novos empregos, com o que lhes será favorável obter ganhos de dispensa em valores maiores do que os que receberiam normalmente da legislação. Há críticas segundo as quais o Programa de Dispensa Voluntária adquire caráter impositivo porque se o empregado não aderir corre o risco de ser despedido, mais adiante, sem as vantagens que oferece.

Outra alternativa é a suspensão negociada dos contratos individuais de trabalho. A ideia é substituir a dispensa do empregado pela suspensão do contrato individual de trabalho. Terminado o prazo da suspensão, o empregado afastado reapresentar-se-ia à empresa para prosseguimento normal do seu contrato de trabalho. Se nessa ocasião for despedido, aplicam-se as mesmas regras que acima foram explicadas quanto às dispensas comuns em nosso ordenamento jurídico.

Cabem outras observações.

A suspensão coletiva dos contratos de trabalho é prevista pelo art. 476-A da CLT, incluído pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 2001. A *suspensão do trabalho*, em nossa lei denominada *suspensão* ou *interrupção do contrato* — na verdade suspensão de alguns dos efeitos do contrato durante uma inatividade temporária do empregado —, abrange as hipóteses nas quais há a paralisação da atividade do trabalhador.

Nosso modelo legal desenhado pelo art. 476-A da CLT é o seguinte:

a) quanto à duração, suspensão do contrato individual de dois a cinco meses, vedada suspensão mais de uma vez no período de dezesseis meses;

b) quanto à finalidade, participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador;

c) quanto ao instrumento jurídico, acordo ou convenção coletiva;

d) quanto aos salários, o empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual, com valor a ser definido em convenção ou acordo coletivo, e o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador;

e) quanto à descaracterização, se ocorrer a dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual ou nos três meses

subsequentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de no mínimo cem por cento sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato, e, se durante a suspensão do contrato não for ministrado o curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, ficará descaracterizada a suspensão, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor, bem como às sanções previstas em convenção ou acordo coletivo.

Outra hipótese é a redução salarial por acordo coletivo (CF, art. 7º, VI). Depende sempre da negociação coletiva sindical e dos termos em que for estabelecida pelas partes negociadoras.

Quando a empresa não consegue dar escoamento à sua produção, o primeiro recurso de que se utiliza, como tem ocorrido no setor das montadoras de automóveis, é a concessão de férias coletivas aos empregados. Mas, por se tratar de férias, a sua duração é limitada a dois períodos anuais, cada um com duração de até 10 dias ou, em outra hipótese, a vinte dias corridos. A vantagem das férias coletivas está em ser uma solução menos traumática que preserva os empregos desde que a empresa volte à normalidade após o transcurso da sua duração.

Cabe, também, a redução da jornada e do salário prevista pela Lei n. 4.923/65, art. 2º. A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, encontrar-se em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de três meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável.

Esta lei dispõe que a redução do salário mensal resultante não será superior a 25% do salário contratual, respeitado o salário mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores. Todavia, a CF/88 não estabelece limites para a redução salarial. Desse modo, os percentuais de redução dos salários serão os resultantes da negociação coletiva.

Para o fim de deliberar sobre o acordo, a entidade sindical profissional convocará assembleia geral dos empregados diretamente interessados, sindicalizados ou não, que decidirão por maioria de votos, obedecidas as normas estatutárias. A redução não é considerada alteração unilateral do contrato individual de trabalho. As empresas não poderão, até 6 meses depois da cessação desse regime, admitir novos empregados antes de readmitir os que tenham sido dispensados pelos motivos que hajam justificado a citada redução ou comprovarem que não atenderam, no prazo de 8 dias, ao chamado para a readmissão. É igualmente vedado às empresas trabalhar em regime de horas extraordinárias, ressalvadas estritamente as hipóteses previstas no art. 61 e §§ 1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nos casos de emergência ou de grave situação social, poderá o Fundo de Assistência ao Desempregado, mediante expressa autorização do Ministro do Trabalho e Previdência Social, prestar ajuda financeira a trabalhadores desempregados, na hipótese da impossibilidade do seu reemprego imediato.

Entendemos que o nosso sistema de leis trabalhistas não está devidamente preparado para o enfrentamento de crises econômicas em qualquer das suas dimensões, desde a menor que é a crise que afeta a uma empresa ou a um dos seus estabelecimentos, até a crise maior que é a globalizada como a de 2008, que reflete, em maior ou menor escala, sobre os demais países.

Faltam em nossa lei mecanismos utilizados em outros países, como a previsão de dispensas coletivas por motivos econômicos. Nosso direito só se ocupa de dois tipos de dispensas, com justa causa e sem justa causa, hipóteses completamente diferentes e que, portanto, deveriam ter efeitos também diferentes.

Nosso modelo de atendimento aos imperativos de uma crise econômica passa pelo princípio da irredutibilidade salarial, salvo acordo ou convenção coletiva, mecanismo que é uma saída para os casos de extrema gravidade, já usado em nosso país.

§ 84. Justa causa do empregado

Sumário: 1. Definição. 2. Sistemas de justa causa. 3. Figuras de justa causa. 4. Efeitos da justa causa.

1. Definição

Justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico.

A justa causa é uma noção técnico-jurídica fundamentada numa razão ética ou econômica ou, mesmo, pragmática, enunciada diversamente nos sistemas justrabalhistas de cada país.

A rescisão do contrato de trabalho pode ser determinada por um motivo provocado pela outra parte, revestido de certas características que impedem o prosseguimento da relação de emprego. Torna-se, em consequência, impossível ou muito difícil a continuidade do vínculo contratual, diante das circunstâncias que envolvem essa situação. Se esse motivo é provocado pelo empregado, ao empregador é dado despedi-lo por *justa causa*. Se, no entanto, o próprio empregador o fizer, assegura-se ao empregado dar por rescindido o contrato de trabalho por *despedimento indireto*.

Há entre nós expressivos estudos sobre justa causa nas obras de Evaristo de Moraes Filho, *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*, de Wagner Giglio, *Justa causa para despedimento do empre-*

gado, e de Antonio Lamarca, *Manual das justas causas*. Dorval Lacerda escreveu *A falta grave no direito do trabalho*.

A caracterização da justa causa depende de condições que devem estar presentes para a sua admissibilidade, a saber, a *atualidade*, a *gravidade* e a *causalidade*. É vedada a *dupla punição*.

A justa causa invocada para o despedimento do empregado deve ser *atual*, praticada na mesma ocasião a que se segue a rescisão contratual, perdendo a eficácia uma falta pretérita, ocorrida muito tempo antes.

Como frisa Evaristo de Moraes Filho[1], "não há dúvida alguma de que a justa causa deve ser *atual*, isto é, contemporânea ao próprio ato de rescisão do contrato". Segue-se, como consequência, a *imediatidade*, que deve existir entre a prática da falta e o despedimento do empregado.

O princípio está consagrado pelo direito do trabalho. Admitem-no, entre outros, Greco[2], Simi[3], De Litala[4], Barassi[5], Palermo[6], Mazzoni[7], Riva Sanseverino[8], Jean Vincent, Kaskel-Dersch etc.

Barassi também é favorável à regra da imediatidade da dispensa ao afirmar que "por isso, se transcorrer um certo tempo depois que uma das partes tenha conhecimento do fato imputável à outra, período, portanto, de inação, isto demonstrará ou uma diminuta sensibilidade do contraente que tinha notícia da falta, ou, então, a pouca importância que o fato tem a seus olhos. E desse modo cessa o fato de ser motivo legítimo para uma rescisão tardia". Para Jean Vincent, "se se admitisse que todo motivo grave pudesse ser invocado durante o desenvolvimento inteiro do contrato, colocar-se-ia o contratante, que deu ao outro a possibilidade de uma denúncia irregular, numa posição singu-

1. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*, cit., p. 109.
2. *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 420.
3. *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, p. 54 e 65.
4. *Il contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 569.
5. *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, v. 3, p. 325.
6. *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Milano, 1957, v. 2, p. 337.
7. *Manuale di diritto del lavoro*, Firenze, 1958, p. 391.
8. *Diritto laboral*, Padova, 1958, p. 311.

larmente indecisa e instável". De outro lado, como ensina Délio Maranhão, uma falta conhecida e não punida é uma falta perdoada. Portanto, o perdão tácito também exige a observância da imediatidade, aspecto notado também por Lamarca: "A questão da atualidade da falta tem imediata relação com o chamado perdão tácito". Wagner Giglio mostra que haveria "inconvenientes para a estabilidade das relações trabalhistas", com a inobservância do princípio da atualidade, "pois o empregado viveria, neste regime, sob constante ameaça, coagido e impotente, entregue de mãos atadas à vontade discricionária do patrão. No momento em que melhor conviesse à empresa, por ocasião dos aumentos coletivos, por exemplo, romperia o contrato, desenterrando do fundo do arquivo uma falta antiga, cometida pelo assalariado, para justificar a dispensa".

Assim, *há uma norma geral*: a rescisão deve ser imediata à justa causa praticada. No Brasil, essa norma é meramente doutrinária, como vimos. Em outros países, o princípio da imediatidade já se inseriu no direito positivo estatal. Dizem os juristas portugueses Almeida Policarpo e Monteiro Fernandes[9] que "a atualidade é, de certo modo, uma emanação da exigência fundamental de que os fatos ou circunstâncias invocados se mostrem como *determinantes* da rescisão".

Existem limites cronológicos fixados pela doutrina ou pela lei quanto à imediatidade? Em outras palavras, qual o prazo a partir do qual o despedimento do empregado passa a ser considerado inatual?

Nenhuma estipulação é contida na lei.

Na doutrina, Wagner Giglio[10], com Cabanellas, entende que o momento a partir do qual passa a correr o cômputo do tempo é aquele no qual "a pessoa que tem poderes para aplicar punições, dentro da organização da empresa, tomou conhecimento da existência da prática faltosa. Pouco importa quando ocorreu a infração: mesmo sendo antiga, torna-se atual a partir do momento em que venha a ser conhecida, pois não seria possível punir uma falta antes de conhecê-la", o que nos parece exato.

---

9. *Lei do Contrato de Trabalho anotada*, Livraria Almeida, 1970, p. 225.

10. *Justa causa para despedimento do empregado*, cit., p. 45.

Firma-se, também doutrinariamente, a tese da relatividade da imediatidade. Wagner entende, em consonância com a opinião dos principais autores, que "o tempo gasto para tal verificação (da gravidade da falta) varia de caso para caso, conforme a complexidade da organização interna da empresa e o cuidado devotado à apuração da falta. Deve haver, assim sendo, um critério que sirva para orientar o julgador na avaliação da atualidade. Fixar, *a priori*, um espaço de tempo em dias não é possível, pois uma hora, um dia ou dois podem ser tolerados, entre a infração e a pena, em certas empresas, enquanto outras necessitam, por vezes, de trinta dias ou mais, para aplicar a punição". Assim, como ensina Cabanellas, "*imediatamente* não quer dizer no mesmo instante, senão de modo subsequente"[11].

Nos Tribunais, a atualidade da falta tem sido requisito necessário para a sua admissão. Entre os inúmeros acórdãos sobre a matéria, citem-se os seguintes: 1) "Logo que conhecida a falta pelo empregador, deve este punir o empregado faltoso, pena de, continuando as relações entre as partes, não mais ter o direito de fazê-lo" (Ac. de 12-6-1958, TST, 3ª T., RRev 287/58, Rel. Hildebrando Bisaglia, in Wagner Giglio, *Justa causa*, cit., p. 47); 2) "Praticada a falta e permanecendo o empregado cerca de dois meses trabalhando a contento, não mais se justifica o despedimento" (Ac. TRT, SP, Proc. 646/63); 3) "O princípio da imediatidade não pode ser levado a exageros, sob pena de se impelir os empregadores a punirem precipitadamente seus empregados" (Ac. TST, 3ª T., RRev 289/68, Rel. Min. Arnaldo Sussekind, *RTST*, 1969, p. 145); 4) "A demora na solução de uma infração trabalhista, em empresa de grande porte e que tem milhares de empregados, há de ser justificada pela necessidade de medidas acauteladoras e de perquirição da vida funcional do faltoso" (TRT, 1ª Reg., TP, 262/68, Rel. Álvaro Ferreira da Costa, *LTr*, *33*:72); 5) "Nada impede que o conhecimento de circunstâncias até então ignoradas justifique a dispensa por falta grave de empregado pré-avisado. Se no período de pré-aviso pode ocorrer a falta que justifique a dispensa (art. 491 da CLT), não há como entender de modo diverso quando apenas os elementos comprobatórios de falta anterior cheguem ao conhecimento do empregador nesse período" (Ac. TST, TP, Embargos, 459/62, Rel. Min. Bezerra de Menezes, *RTST*, 1966, p. 211); 6) "A ausência de imediatidade na punição é elemento descaracterizador da falta grave" (TST, SDI, Ac. 2.804, ROAR 61.882, 1992, Rel. Min. Hylo Gurgel, *DJ* 9-9-1994, p. 23595).

A justa causa deve ser *grave* para autorizar o despedimento do empregado. Uma falta leve cometida pelo trabalhador não será reconhecida tecnicamente como *justa causa*.

---

11. *Compendio de derecho laboral*, Omeba, 1968, v. 2, p. 752.

Para Evaristo de Moraes Filho[12], "torna-se necessário que a falta imputada ao empregado atinja realmente aqueles limites máximos de tolerância, passados os quais desaparece a confiança característica do contrato de trabalho. Nos de menor gravidade agirá o empregador de acordo com a proporcionalidade da falta, punindo o culpado de maneira mais branda, correspondente ao maior ou menor grau da ofensa cometida, mas sem chegar ao extremo absoluto da rescisão da relação de emprego". Daí por que o eminente mestre faz uma distinção entre *culpa grave*, *leve* e *levíssima*, também no direito do trabalho, somente a primeira constituindo justa causa, importando, portanto, em dolo ou *culpa lata*, grosseira, pesada, excessiva, do direito romano.

O *princípio da gravidade* é hoje inteiramente acolhido pela doutrina.

Como avaliar a gravidade da falta?

Para Délio Maranhão[13], "a gravidade da falta, em relação ao empregado, deve ser avaliada, de regra, *in concreto*, considerando-se não apenas uma medida-padrão abstrata de conduta — o bom trabalhador — mas as condições pessoais do agente e outras circunstâncias concretas de tempo, meio, costumes etc. Em relação ao empregador, de regra, é aferida *in abstracto*, tendo como padrão o *bonus pater familias* dos nossos dias: o burguês honesto e avisado". Bortolotto, citado por Dorval Lacerda, sustenta que somente quando se verificar uma violação que impeça a continuação, mesmo provisória, da relação de trabalho deve ser admitida a justa causa. Para Wagner Giglio, a gravidade da falta deve ser examinada sob o prisma objetivo, isto é, levando-se em consideração as circunstâncias e os fatos materiais que envolvem a prática do fato, e sob o prisma subjetivo, ou seja, considerando-se a personalidade do agente, seus antecedentes, grau de cultura etc. O mesmo autor faz uma distinção entre o ato faltoso, "a infração do empregado que, dentro de determinadas circunstâncias, justifica a rescisão contratual", e a justa causa, "uma das consequências possíveis daquele", do ato faltoso. Em outras palavras, a justa causa é o ato

12. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*, cit., p. 129.

13. *Direito do trabalho*, FGV, 1971, p. 219.

faltoso revestido de maior gravidade e apto a produzir o despedimento do empregado sem os ônus normais.

Os Tribunais Trabalhistas também incluem a gravidade como pressuposto da justa causa.

O Tribunal Superior do Trabalho decidiu que, "para a violação do contrato, a falta, seja do empregado ou do empregador, há de ser grave" (Ac. de 27-8-1969, RRev 2.629/68, Rel. Min. Délio Maranhão, *RTST*, 1970, p. 171); "A falta para ser grave, com teor rescisivo de contrato estável, é necessário que implique séria violação dos deveres do empregado, por sua natureza ou repetição" (Ac. de 15-10-1969, TP, RRev 1.230/68, Rel. Min. Amaro Barreto, *RTST*, 1970, p. 171); "Empregado encontrado fumando, no sanitário, pode justificar uma pena de suspensão e nunca a demissão sumária, sem o pagamento de qualquer indenização" (Ac. de 3-11-1969, 1ª T., RRev 1.985/69, Rel. Min. Antônio Alves de Almeida, *RTST*, 1970, p. 171); "Não possui conteúdo faltoso a simples recusa em assinar notificação dando ciência de penalidade" (Ac. de 6-5-1968, 1ª T., RRev 130/68, Rel. Min. Celso Lanna, *RTST*, 1969, p. 143); "Não constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho o fato de o empregado tomar a iniciativa de um abaixo-assinado entre seus colegas de trabalho para que não haja trabalho em determinado dia, o que não constitui mau procedimento, indisciplina ou qualquer violação do contrato de trabalho, pois se trata de mero movimento de opinião que não é defeso, mesmo dentro de uma empresa" (Ac. de 24-11-1966, 2ª T., RRev 3.662/66, Rel. Min. Raymundo de Souza Moura, *RTST*, 1969, p. 144); "O comportamento do empregado consistente em orientar alguns de seus subordinados a trabalharem sem marcação dos controles de horário, embora traduza ato faltoso, não exibe suficiente gravidade para autorizar, mormente quando o empregador obriga-se por norma regulamentar, à graduação da sanção" (TST, 1ª T., AIRR 780.656, 2001, Rel. Min. João Oreste Dalazem, *DJ* 14-2-2003).

O empregador não precisa sofrer prejuízos materiais para que a justa causa do empregado se caracterize.

A subsistência de um dano patrimonial ao empregador como condição para a existência da justa causa é negada por Marchetti[14], que diz: "Para que haja justa causa de despedimento não é necessário que o empregador tenha suportado, da ofensa do empregado, um prejuízo efetivo, mas é suficiente um prejuízo potencial". A mesma solução é admitida pelos Tribunais peninsulares[15]. Com muita propriedade deci-

14. Giusta causa di licenziamento e conseguenze economiche per il lavoratore, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, *2*:261, 1950.

15. Cass., 8-3-1950, *Rep. Giur. It.*, 1950, col. 1141; C. App. Milão, 29-1-1952, *Riv. Dir. Lav.*, *4*:523, 1952; C. App. Milão, 14-3-1953, *Rep. Giur. It.*, 1953, col. 1629.

diu a Corte de Cassação da Itália[16] que "o conceito de justa causa não pode ser circunscrito a só hipóteses nas quais possa ser comprometida a produção, mas compreende também outras diversas hipóteses nas quais venha a existir uma violação, com aspectos de particular gravidade, da esfera de deveres e de respeito devidos ao empregador". Na verdade, a disciplina de uma empresa pode ser prejudicada, ainda que nenhum prejuízo econômico tenha sofrido. É desnecessária, portanto, uma ofensa patrimonial para que a justa causa se configure. De outro lado, pode ter a empresa sofrido um prejuízo econômico por ato involuntário do seu trabalhador, sem configurar-se a justa causa, dada a total inexistência de qualquer culpa de sua parte. Portanto, o dano ou prejuízo patrimonial podem ser um efeito ou um complemento, mas não um evento condicionante da configuração da justa causa. Tudo dependerá das características do ato praticado pelo trabalhador.

Entre a justa causa e a rescisão do contrato de trabalho deve haver um *nexo de causa e efeito* de tal modo que *esta é determinada diretamente por aquela*.

A justa causa deve ser anterior e determinativa do despedimento do empregado. O fenômeno é denominado por Wagner Giglio de *determinância*[17]: "A prática faltosa deve ser, realmente, a causa efetiva do despedimento, deve ser consequência do ato faltoso".

Em consequência, o empregador, em alguns países, é obrigado a comunicar ao empregado, no ato do despedimento, as razões pelas quais o faz. No Brasil, não há essa exigência, daí por que Lamarca entende que, "se o empregado acorre à Justiça do Trabalho, então, na contestação, pode o empregador alegar o que entender de direito, sem maiores preocupações com julgamento *extra* ou *ultra petita*... Não há, assim, em nosso entendimento, vinculação do empregador ao motivo comunicado ao seu dependente"[18]. É certo, como ensina o ilustre juiz e professor, que na defesa judicial é que o empregador apontará o fato determinante do despedimento do empregado. Porém, parece-nos que a causalidade é uma exigência do bom senso. Se o empregador alega

16. In *For. It.*, v. 1, 1953, col. 1749.

17. *Justa causa para despedimento do empregado*, cit., p. 49.

18. *Manual das justas causas*, cit., p. 375.

em defesa uma falta que não fica provada, não poderá, no curso do processo, passar a defender outra justa causa, fixada que está a *litis-contestatio*. Se quando despede o empregado aponta um fato determinante, embora não obrigado a fazê-lo, já que a lei não o obriga, seria incoerente admitir que motivos diferentes e que não provocaram o despedimento pudessem ser judicialmente invocados como causa da rescisão contratual, pois seria o mesmo que consagrar a inverdade e a mentira. Um certo subjetivismo, portanto, a exemplo de Evaristo de Moraes Filho, julgamos necessário na apreciação da *determinância*: "O fenômeno da justa causa (causa que é justa) deve sempre preceder e determinar, de maneira precisa e inequívoca, o fenômeno despedida (ou denúncia do contrato pelo empregado). O contrário seria um contrassenso filosófico, físico e jurídico, que não queremos admitir. O que interessa fixar, para o texto, é simplesmente isso: é preciso que haja uma relação de causa e efeito entre a *causa* (o fato, o ato, o evento) cometida pelo empregado ou pelo empregador e a denúncia do contrato de trabalho. Isolada, ou tomada em conjunto com as concausas, pouco importa, é preciso que todo esse conjunto *condicione* como móvel psicológico da vontade do agente a sua tomada de atitude de rescisão do contrato. Não basta que seja justificativa, *a posteriori*; torna-se mister que seja determinativa, *a priori*".

O local da prática da justa causa normalmente é o estabelecimento onde a prestação de serviços se desenvolve, porém não necessariamente. Pode configurar-se a falta mesmo fora do local de serviço, mesmo porque determinados empregados executam serviços externos, fora do estabelecimento, como vendedores, motoristas etc.

Também o horário de trabalho não é um limite impeditivo da justa causa, porque em muitos casos ela existirá mesmo por meio de atos verificados antes ou depois do expediente, ou durante os intervalos.

Acrescenta-se, também, que ainda que suspenso ou interrompido o contrato de trabalho, nada dificulta ou impede a ocorrência de falta grave. Se durante as férias o empregado, por questões de serviço, agredir o empregador na empresa, estará incorrendo em falta grave.

Sempre que houver uma relação com as atividades profissionais, o ato poderá revestir-se das características de justa causa, ainda que se

verifique longe do estabelecimento, fora dos horários de serviço efetivo ou mesmo durante as paralisações do contrato de trabalho.

Inspirando-se no direito penal, o direito trabalhista adota o princípio do *non bis in idem*. Significa que a mesma falta do empregado não pode ser duplamente punida. Punir duplamente a mesma transgressão quer dizer aplicar uma penalidade pela segunda vez ao mesmo empregado sem que nada tenha feito além do que já fez. "Se, desobedecendo essa proibição, o empregador aplica ao empregado uma segunda penalidade pelo mesmo ato faltoso, esta não produz qualquer efeito. Levada à apreciação judicial, revoga-se a segunda pena..." (Wagner Giglio).

Se o empregado é suspenso disciplinarmente e quando retorna da sua suspensão é obstado pelo empregador de reingressar no serviço e vem a ser despedido em razão dos mesmos fatos pelos quais já fora suspenso e cumpriu a punição, há dupla sanção e o despedimento é írrito. Se ao ser advertido pelo descumprimento de uma ordem o empregado ofende moralmente o empregador e é despedido, não há dupla punição, porque existem dois fatos diferentes dos quais decorreram distintos efeitos, o descumprimento da ordem gerou a advertência e as ofensas morais deram causa à rescisão do contrato de trabalho. Se o empregado falta reiteradamente ao serviço sem justificação, é suspenso, e depois de voltar da suspensão sem outras faltas é despedido a pretexto de inassiduidade, houve *bis in idem*. No entanto, se, voltando da suspensão, falta outra vez ao serviço sem justificação, não há dupla punição, mas sim o epílogo de um concurso de atos faltosos que em conjunto passam a configurar a justa causa.

2. Sistemas de justa causa

O direito do trabalho conhece três sistemas fundamentais de justa causa: o *genérico*, o *taxativo* e o *misto*.

O *sistema genérico* é aquele em que uma lei autoriza o despedimento do empregado sem mencionar ou tipificar as diferentes hipóteses casuísticas, mas apenas apontando em tese e de modo amplo uma definição geral e abstrata. Nos casos concretos submetidos à decisão judicial, é feita ou não a subsunção do fato à norma, segundo o critério de valor do julgador.

Nesse sistema, a lei não exemplifica, não enumera, dá a maior liberdade de verificação ao juiz, oferece maior plasticidade. Parte do pressuposto da impossibilidade de fixação *a priori* de fórmulas compreensivas e suficientes para todos os casos concretos.

No *sistema taxativo*, do Brasil, a lei enumera os casos de justa causa, fazendo-o exaustivamente. Desse modo, somente a lei é fonte formal típica. Impossível será a estipulação de justa causa por meio de outras normas jurídicas, como as convenções coletivas de trabalho, os regulamentos de empresa etc. Argumenta-se que esse sistema dispensa maior proteção ao trabalhador, porque restringe as hipóteses faltosas, e permite às partes e aos Tribunais do Trabalho um critério mais rigoroso e seguro de apreciação dos casos concretos. A julgar pela experiência brasileira, pouca ou nenhuma diferença haveria entre o sistema genérico e o taxativo, tão amplas são as causas previstas em nossa lei, de modo a ser possível enquadrar sempre um ato eticamente reprovado.

O *sistema misto* é o resultado da combinação dos dois critérios anteriores. A lei, além de enumerar as hipóteses de justa causa, é também genérica, permitindo que seja considerado como tal um fato mesmo não contido na descrição legal.

3. Figuras de justa causa

Enumeraremos as figuras de justa causa expressamente contidas em nossa lei.

A começar pela *improbidade*, que é a ação ou omissão desonesta do empregado, para lesar o patrimônio do empregador ou de terceiro. Exemplifique-se com o ato que coincide com os crimes contra o patrimônio: furto, apropriação indébita etc.

O *mau procedimento* é o comportamento irregular do empregado, incompatível com as normas exigidas pelo senso comum do homem médio. O Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região já decidiu que "o uso de cartões de visita que possam induzir terceiros a erro quanto à função exercida pelo empregado junto ao empregador constitui mau procedimento" (Proc. 4.682/69, *LTr, 33*:518).

Incontinência de conduta é também um comportamento irregular, porém incompatível não com a moral em geral e sim com a moral sexual e desde que relacionada com o emprego.

A *negociação habitual* do empregado, por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência ou for prejudicial ao serviço, também é justa causa.

Incorre em justa causa, ainda, o empregado que sofre *condenação criminal sem "sursis"*. Desnecessário será que os fatos que determinaram a condenação criminal sejam relacionados com o serviço.

Desídia é a falta de diligência do empregado em relação ao emprego. A negligência, a imprudência e a imperícia caracterizam a falta, havendo restrições doutrinárias quanto à inclusão desta última. Há divergências quanto à caracterização das faltas reiteradas e sem justificação ao serviço como desídia, preferindo alguns tipificá-las como ato de indisciplina. Sustentam que desídia é justa causa que se perfaz "no desempenho das funções", o que não ocorre quando o empregado não comparece para trabalhar. Porém, as faltas ao serviço não podem configurar indisciplina, porque esta é o descumprimento de ordens gerais de serviço, e as faltas constituem inadimplemento da obrigação de trabalhar.

A *embriaguez* no serviço também é justa causa. Com razão Antonio Lamarca quando sustenta que a embriaguez habitual deve ser afastada da lei como justa causa.

A *violação de segredo* por parte do empregado que tem o dever de sigilo quanto às informações de que dispõe sobre dados técnicos da empresa, administrativos também para alguns, é outra justa causa.

Indisciplina, como vimos, é o descumprimento de ordens gerais de serviço.

Insubordinação é o descumprimento de ordens diretas e pessoais.

Abandono de emprego é a renúncia intencional do emprego, configurando-se com o elemento objetivo, que é a ausência prolongada, e o elemento subjetivo, que é a intenção de não mais continuar a relação de emprego. Para alguns, o abandono de emprego não deveria ser incluído como justa causa porque seria um modo particular, autônomo, de extinção do vínculo jurídico.

Ato lesivo à honra e boa fama do empregador ou terceiros, confundindo-se com injúria, calúnia e difamação, também configura justa causa.

Ofensas físicas, tentadas ou consumadas, contra o empregador, superior hierárquico ou terceiros, quanto a estes desde que relacionadas com o serviço, tipificam a falta.

A *prática constante de jogos de azar*, praticamente de pouca expressão, é considerada justa causa.

Há figuras específicas, a justa causa de contínuo inadimplemento de dívida legalmente exigida, do bancário, a ausência das aulas do curso de aprendizagem, do menor, a recusa do ferroviário de fazer horas extras em casos de urgência ou acidentes e a recusa injustificada do empregado de observar as instruções expedidas pelo empregador e o uso de equipamentos de segurança do trabalho.

A participação em *greve abusiva* gera a presunção de justa causa, e os excessos praticados durante a greve caracterizam-na plenamente (CF, art. 9º, § 2º).

4. Efeitos da justa causa

A justa causa do empregado tem implicações quanto aos direitos relacionados com a extinção do contrato. Despedido por justa causa, o empregado perde o direito à indenização, aviso prévio, 13º salário proporcional e férias proporcionais. O empregado sofre outra sanção: não poderá movimentar os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que ficarão retidos para levantamento posterior havendo causa superveniente.

§ 85. Justa causa do empregador

Sumário: 1. Definição de dispensa indireta e sua configuração. 2 Figuras de justa causa. 3. Efeitos da dispensa indireta. 4. Problemas jurídicos sobre a dispensa indireta.

1. Definição de dispensa indireta e sua configuração

Despedimento ou dispensa indireta é a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado, tendo em vista justa causa praticada pelo empregador.

A iniciativa de romper o vínculo é do empregado. Não se confunde com o pedido de demissão, no qual também há iniciativa do empregado. A causa e a forma em ambas as figuras não coincidem, porque no pedido de demissão a causa é o interesse do empregado não relacionado com o comportamento do empregador, e a forma pela qual a vontade se manifesta é a verbal ou escrita com aviso prévio do empregado ao empregador. Na dispensa indireta a causa não é o interesse particular do empregado, mas a existência de justa causa em que incorreu o empregador; a forma não é a concessão de aviso prévio pelo empregado ao empregador, mas a comunicação de que dá por rescindido o contrato por justa causa, exigência que não é legal, mas prática, para que fique caracterizada a intenção do empregado e afastada a hipótese de abandono de emprego. Como dificilmente o empregador admitirá a justa causa de que é acusado pelo empregado, a dispensa indireta é seguida de processo judicial

em que este pede o seu reconhecimento e a condenação daquele aos pagamentos devidos.

O afastamento imediato do emprego é exigível por lei, de modo que a relação de emprego finda-se nesse momento, sujeitando-se o empregado aos riscos da ação judicial. Em casos específicos a lei faculta a permanência no emprego durante a ação judicial, caso em que correm paralelamente as duas relações jurídicas, a de emprego continuando o seu desenvolvimento e a relação jurídica processual desconstitutiva do vínculo empregatício. Nesse caso, o contrato ficará rompido como decorrência da sentença judicial, e desta é que dependerá o seu termo final.

2. Figuras de justa causa

Quais são as justas causas que o empregador pode cometer e que dão ao empregado a oportunidade de se afastar do serviço sem prejuízo de indenização? São as enumeradas no art. 483 da CLT, a saber: a) quando forem exigidos serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato; b) quando o empregado for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) quando o empregado correr perigo manifesto de mal considerável; d) quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato (ex.: atraso no salário); e) quando o empregador ou seus prepostos praticarem contra o empregado, ou sua família, ato lesivo da sua honra ou boa fama; f) quando o empregador, ou seus prepostos, ofenderem fisicamente o empregado, salvo caso de legítima defesa própria ou de outrem; g) quando o empregador reduzir o trabalho por peça ou tarefa sensivelmente, de modo a afetar o salário.

3. Efeitos da dispensa indireta

A dispensa indireta caracteriza-se como um dos modos de extinção do contrato de trabalho.

Seu primeiro efeito será criar condições para a desconstituição da relação de emprego com responsabilidade do empregador.

O empregado terá direito ao levantamento do FGTS mais o acréscimo, ao aviso prévio, ao 13º salário proporcional e a férias proporcionais.

Pelo período em que não foi regido pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, terá direito à indenização prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho.

4. Problemas jurídicos sobre a dispensa indireta

Na prática judiciária as ações de despedimento indireto são fundadas principalmente em mora salarial, redução salarial, transferências punitivas e ilícitas de localidades de trabalho, alteração de função, alteração de horário de trabalho, disponibilidade remunerada, falta de recolhimento de contribuições previdenciárias e de depósitos do FGTS.

Pode o empregado mover ação de dispensa indireta permanecendo no emprego até sentença transitada em julgado, nos casos de "descumprimento das obrigações contratuais" pelo empregador, de que é exemplo a mora salarial, e "redução sensível do trabalho por peça ou tarefa" (CLT, art. 483, § 3º).

Dessa permissão legal podem resultar problemas jurídicos que não têm solução apontada pela lei.

Se o empregado permanecer no serviço pode ser dispensado pelo empregador, até como represália pelo ingresso da ação. Nesse caso, a dispensa direta superveniente e sem justa causa absorve a dispensa indireta antecedente, e os direitos do empregado serão os previstos para a dispensa direta sem justa causa.

Porém, a dispensa direta superveniente pode resultar de justa causa. Nesse caso, a relação de emprego terá o seu termo final com a dispensa, como no caso anterior, mas surge a questão consistente em saber quais são os efeitos sobre os direitos do empregado.

É preciso distinguir duas situações diferentes. Se a sentença a ser proferida na ação de dispensa indireta julgar a pretensão do empregado improcedente porque não reconhece a justa causa do empregador, não haverá direitos rescisórios para o trabalhador, nem os da ação de

dispensa indireta, que perdeu, nem os da dispensa direta, porque incorreu em justa causa.

Todavia, se a ação de dispensa indireta é julgada procedente, há um aparente choque, porque em decorrência desse fato o empregado tem os direitos rescisórios, mas porque foi despedido diretamente com justa causa não teria garantidos os mesmos direitos.

Como não há solução legal, desde que se admita a aplicação analógica, a figura mais próxima é a da culpa recíproca. O empregado terá direito ao Fundo de Garantia acrescido de 20%, e eventual indenização de período anterior ao seu enquadramento no regime do Fundo será reduzida pela metade.

Capítulo XVII

Relações coletivas de trabalho

§ 86. A jurisdicização das relações coletivas de trabalho e o direito sindical

Sumário: 1. Fontes do direito sindical. 2. O direito sindical nas Constituições. 3. Fases do direito brasileiro. 4. O anarcossindicalismo. 5. O intervencionismo. 6. O sindicalismo autônomo. 7. Avanços do nosso sistema legal.

1. Fontes do direito sindical

Tomando a expressão *fonte do direito* não apenas no sentido técnico do conjunto de pressupostos de validade que devem ser obedecidos para que as normas jurídicas possam ser consideradas obrigatórias (Miguel Reale) mas, também, com maior amplitude, como correlação das estruturas normativas com os seus elementos constitutivos que se desenvolvem na história, será possível dar ao tema dimensão mais abrangente, como convém ao direito sindical, para alguns tema predominantemente sociológico e não jurídico.

O liberalismo da Revolução Francesa de 1789 suprimiu as corporações de ofício, entre outras causas por sustentar que a liberdade individual não se compatibiliza com a existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado. Para ser livre, o homem não pode estar subordinado à associação, porque esta suprime a sua livre e plena manifestação, submetido que fica ao predomínio da vontade grupal. Essa posição doutrinária, que serviu de suporte para a extinção das corporações de ofício, de longo desenvolvimento histórico, viria a

provocar, com a efetivação dos seus objetivos, a interrupção de um procedimento associativo e a dissociação dos mestres, companheiros e aprendizes.

Criou-se uma lacuna na ordem jurídica, uma vez que as pessoas que até então podiam pertencer a uma união não mais puderam fazê-lo, com o que se dispersaram, exatamente como pretendia a ideia liberal. O direito individualista da Revolução Francesa se opõe à coalizão trabalhista e, nesse ponto, deixou um vazio nas organizações sociais e em sua ação coletiva. Com isso, separaram-se as primeiras uniões e os seus membros. Esse divórcio prejudicou o instinto de associação. As corporações, porém, uniam empregadores (mestres) e trabalhadores (companheiros). A renovação da atmosfera associativa, que na França se intensificou somente com a Segunda República, caracterizou-se com a associação de assalariados entre si, traço que marcou a evolução do sindicalismo até hoje, quebrado, raramente, por sindicatos denominados mistos, existentes só por exceção.

É correto identificar, como Ojeda Avilés[1], a fase da proibição, a fase da tolerância e a fase do reconhecimento do direito sindical, esta última subdividindo-se em reconhecimento sob controle do Estado, como no corporativismo e no sistema soviético, e em reconhecimento com liberdade caracterizada pela desvinculação entre a organização sindical e o Estado, em maior ou menor grau.

É possível considerar, como primeira manifestação proibitiva da associação dos trabalhadores, a Revolução Francesa de 1789 e o Liberalismo, enquanto consideraram a associação incompatível com a liberdade do homem. Nesse sentido, a Lei Le Chapelier (1791) inequivocamente exemplifica a fase de proibição das coalizões dos trabalhadores. Outras manifestações ocorreram no mesmo sentido. Na Grã-Bretanha uma antiga elaboração jurisprudencial da *common law*, como cita Antonio Ojeda Avilés, considera contrário ao interesse público todo pacto limitativo da liberdade de comércio individual, seguindo as teorias econômicas que exaltam a livre iniciativa mas vedam as uniões, com o que as leis sobre coalizões (1799 e 1800) proíbem as

1. *Derecho sindical*, Madrid, Technos, 1980.

organizações ou reuniões de trabalhadores enquanto tiverem a finalidade de obter melhores salários ou influir sobre as condições de trabalho. Em diversos países, na mesma época, os sindicatos foram proibidos, considerados como conspiração delitiva, inclusive em países que haviam reconhecido o direito de associação, como a Bélgica.

O Código Penal de Napoleão (1810) pune a associação de trabalhadores, expressando a tendência de caracterizar como delito a organização sindical, como se a questão social fosse uma questão policial. O direito de associação reaparecia, de modo tênue, com a Lei Waldeck-Rousseau. De nada adiantaram as medidas restritivas contra o sindicalismo, as greves e a coalizão. A organização dos trabalhadores prosseguiu desafiando as leis e as sanções aplicadas pelo Estado. Aos poucos, as ideias foram-se modificando, por força da ação direta dos operários e das doutrinas sociais, que começavam a ter aceitação.

As leis sobre conspiração, vigentes na Grã-Bretanha, foram revogadas (1824), retirando-se assim o caráter delituoso das coalizões. Como afirma Antonio Ojeda Avilés, o exemplo foi seguido por diversos países, que, embora não admitindo expressamente o direito de sindicalização, passaram a tolerar a existência de sindicatos: França (1864), Confederação da Alemanha do Norte (1864), Holanda (1872), Itália (1890), Estados Unidos da América do Norte, conforme jurisprudência do Tribunal Supremo de Massachusetts no caso Commonwealth *versus* Hunt e outros.

Duas vertentes intervencionistas, e o intervencionismo estatal é incompatível com a liberdade sindical, desenvolveram-se como experiências que tiveram a sua razão de ser mas que na atualidade pouco representam, o *sindicalismo socialista* e o *corporativismo.*

O sistema político adotado na Rússia levou o sindicato a um impasse teórico, com as suas funções de certo modo comprometidas perante o Estado, a menos que se entenda normal um sindicato reivindicativo diante de uma "ditadura do proletariado". Falou-se, com alguma propriedade, que na Rússia o sindicato não luta contra algo, mas por algo, com o que se quer dizer que, cabendo ao Estado promover a supressão da luta de classes e estando o poder político teoricamente nas mãos dos próprios trabalhadores, naturalmente inibiram-se as iniciativas espontâneas.

Os sindicatos desempenharam um papel educativo e político de defesa dos princípios fundamentais em que se baseia o Estado. Foram unidades de realização do desenvolvimento econômico, e também de uma função relevante na prestação de serviços assistenciais, fazendo parte da própria estrutura da empresa, na qual se interpenetravam.

Conforme o preâmbulo dos seus estatutos, desenvolviam todas as suas atividades sob a direção do Partido Comunista da União Soviética, força organizadora e diretriz da sociedade soviética.

A Confederação Internacional das Organizações Sindicais Livres questionou o problema perante o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho.

O governo da URSS respondeu que não havia controle sobre os sindicatos e que os membros do partido eram também membros do sindicato, com o que as deliberações eram tomadas de comum acordo entre os dois órgãos, dando a entender que os sindicatos aceitavam voluntariamente essa submissão.

Em consequência, o Comitê de Liberdade Sindical recomendou que os governos deveriam evitar que o movimento sindical se transformasse em instrumento político e deviam, também, evitar interferências nas funções normais do sindicato, a pretexto de manter com eles relações livres.

Para Antonio Ojeda Avilés, os três traços estruturais que caracterizaram esse sistema foram baseados nas ideias de *ausência de classes antagônicas,* no *pleno emprego* e no *plano central*, no qual os empresários privados foram substituídos por funcionários públicos na direção das empresas, que se consideravam tão trabalhadores como os demais, ainda quando funcionavam como interlocutores dos comitês de empresas. O sindicalismo nos países de economia socialista, portanto, apresentou-se como "único e pseudovoluntário"; único, em contraposição ao pluralismo sindical; pseudovoluntário, de acordo com a concepção do sindical socialista.

A segunda manifestação do sindicalismo sob intervenção é o *corporativismo*, significando a intervenção e a interferência do Estado no movimento sindical, que invalida, também, a sua naturalidade, na medida em que o submete aos modelos estabelecidos pelo Estado em detrimento da sua livre organização e ação.

O padrão básico foi o da Itália, da *Carta del Lavoro* (1927), considerando o processo de produção uma função de interesse nacional compreendida como um complexo unitário que vincula capital e trabalho sob o manto protetor do Estado, a este competindo a organização das categorias dos trabalhadores.

Igual experiência político-econômico-sindical é a da Espanha com o Código do Trabalho (1926), que, segundo Montoya Melgar[2], significava a "máxima realização alcançada pelas velhas aspirações harmonicistas, desejosas de substituir o dogma marxista da luta de classes pelo princípio da pacífica colaboração entre estas". Na era franquista coube ao *Fuero del Trabajo* (1938) exercer funções estatais de natureza fiscalizadora e normativa; a organização estatal dos sindicatos se fez segundo o princípio do *sindicato único*, a exemplo da Itália, estruturada de modo hierárquico com a subordinação dos sindicatos ao Estado, a proibição das greves e as regulamentações coletivas corporativas no lugar dos contratos coletivos.

Portugal também alicerçou o seu sistema de relações de trabalho, com a Constituição Política e o Estatuto do Trabalho Nacional (1933), segundo os mesmos princípios, e, para Cunha Gonçalves, em *Princípios de direito corporativo* (Lisboa, 1935), observados três princípios: o *nacionalismo*, significando um sentimento de solidariedade nacional contra o egoísmo estrangeiro; a *necessidade de organização*, condição de superioridade evolutiva impondo a organização do trabalho pelo Estado; e a *pacificação social*, implementando, por meio do Estado, a harmonia entre as classes segundo uma ideia de cooperação entre o capital e o trabalho, o *anti-individualismo* e o *antissocialismo*.

No nacional-socialismo da Alemanha, hiato na vida sindical daquele país, os trabalhadores foram agrupados na Frente de Trabalho Alemã para a consecução dos objetivos do nazismo, eliminada, assim, a liberdade de organização, a exemplo do corporativismo e do socialismo, sendo a principal fonte normativa a Lei de Ordenação do Trabalho Nacional (AIG-1934). Com o fim da Guerra Mundial, o movimento sindical cindiu-se em dois, nas duas Alemanhas, unificado, novamente, com a queda do muro de Berlim, com base num princípio

2. *Derecho del trabajo*, Madrid, Technos, 1978.

de organização espontânea, que leva a uma unidade natural, não imposta pelo Estado, num sistema cogestionário de relações de trabalho.

Paralelamente, desenvolveu-se o modelo sindical desatrelado do Estado, de que é maior exemplo o dos Estados Unidos, segundo uma concepção política liberal, de não intervenção do Estado nas relações coletivas de trabalho, para que estas se desenvolvessem espontaneamente e não pela mão do Estado, portanto a auto-organização do trabalho por meio dos critérios de agrupamento e formas jurídicas de estruturação julgadas adequadas pelos próprios atores sociais e não pelo Governo, com amplos poderes de negociação coletiva apoiada pelo direito de greve, tudo como expressão de um sistema de economia de mercado e de organização política democrática.

No entanto, não foi o sindicalismo norte-americano, mas o *tradeunionismo* da Inglaterra, o mais antigo sindicalismo do mundo, encontrado já em 1720, com uniões de trabalhadores em Londres que reivindicavam salários e limitação da jornada de trabalho, e que adquiriu liberdade com as leis de 1824 e 1871, do qual nos dão uma visão S. e B. Webb, em *The history of unionism: 1866-1920* (Londres, 1920). Dólleans, em *Histoire du mouvement ouvrier: 1830-1920* (Paris, 1936), diz-nos que foi nos jornais de 1830 que apareceu pela primeira vez a expressão *Trade Unions*, associação de todos os trabalhadores do mesmo ofício, sendo pioneiros os trabalhadores da tecelagem e construção de Lancashire e Yorkshire. A obra clássica do direito inglês é, na atualidade, *Labour and the law*, de Otto Kahn-Freund.

Na França formou-se a partir de 1884 um sindicalismo confederado com organismos centrais, como a *Fédérations des Bourses du Travail*, agrupando as Bolsas de Trabalho, entes em torno dos quais se concentrou uma vida sindical para incrementar a oferta e a procura de mão de obra. Surgiu a *Confédération Générale du Travail* em decorrência de congressos sindicais como o de *Limoges* (1895) e *Montpellier* (1902) e desenvolveram-se centrais sindicais como a CGTU — Confédération Générale du Travail Unitaire e a CGT-FO — Confédération Générale du Travail — Force Ouvrière, como decorrência da cisão da CGT; e foi criada a CFTC — Confédération Française des Travailleurs Chrétiens. Destaquem-se, na França, dois grandes pactos, o acordo de *Matignon* (1936), após um período conturbado por invasões de fábricas

pelos operários e que permitiu o reconhecimento dos princípios da liberdade sindical, das convenções coletivas e dos delegados sindicais, e o acordo de *Grenelle* (1968), resultante de discussões entre Estado e sindicatos, com quinze pontos que serviram de base consensual para elaboração da legislação trabalhista.

Passando-se, agora, às fontes formais ou normas jurídicas que constituem o ordenamento jurídico, há que se examinar, sucintamente, os tipos de normas que constituem as fontes do direito sindical.

As *fontes internacionais* são as *Convenções da Organização Internacional do Trabalho*, entre as quais as seguintes, de acordo com os respectivos números e temas: n. 11 (1921), sobre direito de associação na agricultura; n. 84 (1947), sobre direito de associação em territórios metropolitanos; n. 87 (1947), sobre liberdade sindical; n. 98 (1949), sobre direito de sindicalização e negociação coletiva; n. 91 (1951), sobre convenções coletivas; n. 92 (1952), sobre conciliação e arbitragem; n. 94 (1952), sobre colaboração no âmbito da empresa; n. 113 (1960), sobre consulta às organizações de empregadores e trabalhadores pelas autoridades públicas; n. 130 (1967), sobre exame de reclamações dos trabalhadores na empresa; n. 135 (1971), sobre representantes dos trabalhadores; n. 143 (1971), sobre revisão da Convenção n. 135; n. 141 (1975), sobre organizações de trabalhadores rurais; n. 149 (1975), sobre revisão da Convenção n. 141; n. 144 (1976), sobre consulta tripartite; n. 151 (1978), sobre proteção do direito de sindicalização e procedimentos para determinar condições de emprego na Administração Pública; n. 159 (1978), sobre revisão da Convenção n. 151; n. 154 (1981), sobre desenvolvimento da negociação coletiva; n. 163 (1981), sobre revisão da Convenção n. 154.

Entre as declarações programáticas destaque-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Organização das Nações Unidas.

No plano do *direito comunitário*, o *Tratado de Roma* (1957), que fundou a Comunidade Econômica Europeia, hoje União Europeia, o *Tratado de Maastricht* (1992) e, no âmbito do Mercosul, a *Declaração Sociolaboral do Mercosul*. No *Mercosul* há comissões estudando a possibilidade da harmonização das leis nos países que o integram.

Outros tipos de normas jurídicas do direito sindical são as leis constitucionais e infraconstitucionais; as disposições da Administração

Pública; a jurisprudência dos Tribunais; as convenções e acordos coletivos; os estatutos dos sindicatos; os usos e costumes.

2. O direito sindical nas Constituições

Um dado que permite razoável conhecimento dos modelos de relações coletivas de trabalho é a Constituição de cada país, embora desde logo se reconheça que nem sempre os países incluem na Carta Magna regras sobre essas relações.

Seria demasiadamente extensa uma enumeração dos diferentes aspectos que a questão envolve, todos se refletindo sobre o critério de classificação dos sistemas, sendo uma das propostas mais convincentes a do jurista uruguaio Oscar Ermida Uriarte, que considera a postura de cada país diante do problema da *liberdade sindical*, para dizer que os modelos nacionais de regulamentação jurídica da liberdade sindical perante o Estado são os seguintes: a) *modelo abstencionista* ou de autonomia coletiva pura, que é aquele em que a lei se omite ou não reprime a liberdade sindical, exemplificando com Itália, Suécia, Inglaterra, República Federal da Alemanha, Bélgica e Uruguai; b) *modelo intervencionista* ou regulamentarista, em que há legislação dispondo sobre a matéria de modo a interferir no sistema de relações coletivas de trabalho, como na França, na Espanha, em Portugal, no Canadá e em toda a América Latina, exceto no Uruguai; c) *modelo socialista*, que é o da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Cuba, Europa Oriental, exceto Iugoslávia.

Efrén Córdova já propusera outro ângulo de classificação, preferindo considerar a conflitividade, maior ou menor, e a centralização ou descentralização como aspectos mais pertinentes.

A posição de Uriarte é mais jurídica e a de Córdova, mais sociológica; ambas são satisfatórias. Todavia, diante dos objetivos deste estudo, basta considerar os modelos *omissivos* e os modelos *prescritivos*. Assim, há Constituições que se omitem e outras que dispõem sobre o tema.

Há países nos quais a Constituição não incluiu normas sobre direito sindical, exemplificando-se com os Estados Unidos da América do Norte. O mesmo é possível dizer da Inglaterra, que adota uma for-

ma não escrita de Lei Maior, fundada nos precedentes judiciais, que supostamente recolhem os usos e costumes.

Nesses países, o sistema de relações coletivas de trabalho é de um vigor muito conhecido, tema prioritário mesmo, de modo que todas as principais preocupações são desenvolvidas no sentido de consolidar uma estrutura sólida que atue diretamente, de acordo com uma concepção privatística, na procura dos melhores meios a serem adotados, voltados para a formação e solução das questões individuais pela própria estrutura autônoma coletiva.

É possível que o que levou um ou outro país a omitir da sua Constituição essas normas tenha sido a respectiva formação histórica e política, que favoreceu uma concepção mais sociológica do problema, como na Inglaterra, propícia à evolução natural, sedimentando-se de modo institucional o modelo.

Mas não é viável desprezar a hipótese de simples convencimento da desnecessidade de dar relevância a um tipo de questão não merecedora, no modo de ver de alguns, do nível constitucional.

Outra possibilidade é a atitude liberalista do Estado, na certeza de que estaria interferindo na liberdade econômica caso viesse a prescrever sobre essas relações.

É também de ser considerada a hipótese jurídica, isto é, a da propensão para uma ordem jurídica na qual as suas características, formadas ao largo do tempo, remetem a questão do campo da lei para o da autorregulamentação e negociação coletiva.

Uma conclusão a que se pode chegar é que cada país tem a forma própria de resolver seus problemas, mas são poucas as Constituições omissivas. A predominância das Constituições prescritivas é, pode-se dizer, avassaladora. Na sociedade industrial é difícil não se incluir a liberdade sindical como uma das liberdades públicas, o que basta para a sua garantia constitucional. Num país democrático, de livre negociação coletiva entre os interlocutores sociais, que chega até mesmo ao acerto de pactos sociais macroeconômicos, estariam desatualizadas as Constituições que não se posicionassem sobre tais aspectos.

A tendência atual é para a inclusão dos direitos coletivos nas Constituições, movimento iniciado com o *constitucionalismo social*,

de que é expressão maior, de grande valor histórico, a Constituição do México (1917). Seguiu-se a Constituição de Weimar (1919), na Alemanha, de muito maior repercussão. Acrescentou-se a esse movimento, embora com um conteúdo político diferente, o modelo constitucional corporativista, de que é maior exemplo a *Carta del Lavoro* (1927) da Itália, com reflexos sobre Portugal, Espanha e Brasil. Os países socialistas também se ocupam das questões trabalhistas em suas Constituições. Desse modo, está bem clara a orientação das Constituições no sentido de acolherem disposições sobre relações coletivas de trabalho.

Porém, essas disposições podem ter amplitude diferente, daí a subdivisão das Constituições prescritas em *sintéticas* e *analíticas*, aquelas condensando, em alguns poucos princípios, as suas normas, estas estendendo-se, de modo detalhado, sobre uma diversidade de questões.

Há inúmeras Constituições sintéticas, de modo que delas só é possível dar uma ideia com exemplos, dizendo-se, desde logo, que tratam, sucintamente, de princípios como o direito ao trabalho, o direito de organização sindical, de negociação coletiva, de greve de todos ou de alguns, isoladamente.

A Constituição da França (de 1958, com alterações em 1960, 1963 e 1976) declara (art. 34): "A lei prescreve os princípios fundamentais sobre: o direito do trabalho, o direito sindical e a segurança social". Mais resumida não poderia ser, o que não quer dizer que não tenha valorizado o direito sindical. A Constituição do Japão (1946) numa frase respalda os três principais direitos coletivos (art. 28): "O direito dos trabalhadores de organizar-se, de celebrar acordos e agir coletivamente é reconhecido". A Constituição do Uruguai (1967) é mais ampla (art. 57): "A lei promoverá a organização de sindicatos gremiais, atribuindo-lhes franquias e ditando normas para reconhecer-lhes personalidade jurídica"; "declara-se que a greve é um direito gremial. Sobre esta base se regulamentará seu exercício e efetividade".

A impressão que fica é que, sendo sintéticas, as Constituições têm maior possibilidade de permanência, uma vez que não se comprometem diante das alterações políticas que podem surgir na história de um país. A garantia genérica de direitos básicos sem referência a detalhes evita

a desatualização e permite as alterações que se fizerem necessárias na lei ordinária, sem atrito com a Lei Maior.

Mas também não convém que sejam demasiadamente resumidas, sob pena de serem inexpressivas e distanciadas da realidade da vida contemporânea e das sociedades de massa nas quais ganham relevo os grandes problemas coletivos, trabalhistas ou não.

Da mesma maneira que não é desejável uma Constituição exageradamente resumida, não o é uma Constituição desmedidamente detalhista, afastada do equilíbrio necessário para o correto dimensionamento das normas coletivas.

A Constituição do México (1917) assegura (art. 123, XVI) o "direito de coligação para a defesa dos interesses, tanto de trabalhadores como de empregadores, através de sindicatos, associações profissionais etc.", o direito (inc. XVII) "à greve e dos patrões ao locaute"; define a licitude das greves (inc. XVIII) "quando tenham por objeto conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores de produção, harmonizando-se os interesses do trabalho com os do capital", e insiste nessa definição, declarando que "a greve será ilícita quando a maioria dos grevistas praticar atos de violência contra pessoas ou a propriedade, ou em caso de guerra, quando aqueles pertencerem a estabelecimentos e serviços que dependem do governo"; autoriza o locaute (inc. XIX), dispondo que "será lícito quando o excesso de produção fizer necessário suspender o trabalho para manter os preços em um limite suportável, mediante prévia aprovação da Junta de Conciliação e Arbitragem", e vai, no mesmo diapasão, numa longa regulamentação de duvidosa eficácia.

Mais recente e de semelhante concepção formal é a Constituição do Peru (1979) e, de certo modo, a do Paraguai (de 1967, com a emenda de 1977), ambas, igualmente, dando espaço maior para o tema sindical e outros correlatos.

Se compararmos as Constituições corporativistas e as atuais, especialmente dos países que imprimiram uma reação anticorporativista, é possível notar uma diferença substancial de conteúdo entre elas, porque, enquanto as primeiras tinham um sentido de controle e de repressão da atividade sindical, estas últimas, ao contrário, inspirando-se, em grande parte, na Convenção n. 87 da Organização Internacional

do Trabalho, são voltadas para a garantia da liberdade sindical e a adoção dos princípios fundamentais que a justificam. São Constituições de apoio, de suporte, de alicerce à organização e à ação sindical, concebidas segundo ideias democráticas. Partem da suposição de que nem sempre o Estado defendeu esses valores e, quando se decidiu a regulamentar o direito sindical, o fez movido por finalidades limitativas.

Entre as Constituições que se enquadram nesse modelo está a da Itália (1948), que declara (art. 39): "A organização sindical é livre". E é livre mesmo. Estrutura-se não segundo deliberações oficiais do governo, mas de acordo com as decisões dos próprios interessados. Garante o direito de negociação coletiva, bem como o direito de greve, este último remetido para o âmbito da legislação ordinária. Porém, não foi elaborada essa legislação.

A Constituição da Itália (1948) tem os seguintes textos sobre organização e ação sindical: "Art. 39. A organização sindical é livre. Aos sindicatos não pode ser imposta outra obrigação senão o seu registro junto a cartórios locais ou centrais, segundo as normas da lei. É condição para o registro que os estatutos dos sindicatos contenham regras internas com bases democráticas. Os sindicatos registrados têm personalidade jurídica. Em função dos seus filiados, podem estipular contratos coletivos de trabalho com eficácia obrigatória para todos os trabalhadores pertencentes às categorias a que se refere o contrato. Art. 40. O direito de greve é exercido no âmbito das leis que o regulamentam".

Na mesma diretriz de valorização da liberdade sindical se coloca a Constituição de Portugal (1976), que é bastante abrangente, a ponto de expor uma plataforma completa sobre as dimensões da liberdade sindical e suas formas de realização, compreensivas do sentido coletivo e individual.

Sensível foi o objetivo, claro na Constituição portuguesa, de afastar as restrições que vinham do corporativismo, dotando o sistema de características amplas, estimulantes da iniciativa dos sindicatos e capaz de modernizar as relações coletivas em um clima de democracia e valorização da espontaneidade.

Assim, a liberdade sindical que a Constituição reconhece é declarada como liberdade de criação de associações sindicais, em todos os níveis; liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser

obrigado a pagar quotizações para sindicato em que não esteja inscrito; liberdade de organização e regulamentação interna das associações; direito de exercício de atividade sindical na empresa; e direito de tendência, nas formas estabelecidas pelos respectivos estatutos sindicais.

Dá relevo à democracia interna nos sindicatos, obrigando-os a eleições periódicas, e por escrutínio secreto. Não impõe a unicidade sindical, mas a admite ao declarar que "é reconhecida aos trabalhadores a liberdade sindical, condição e garantia da construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses" (art. 56). Assegura o direito de contratação coletiva e garante o direito de greve, dispondo que "compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender por meio da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito" (art. 58). Proíbe, de outro lado, o locaute.

A Constituição da Espanha (1978) também segue o princípio da liberdade sindical de forma ampla, proibindo-o apenas, por exceção, às Forças Armadas. Explicita-o como o direito de formar sindicatos, de filiar-se a eles, de constituir confederações e fundar organizações internacionais.

Reconhece o direito de contratação coletiva e a força vinculante desses contratos (art. 37) e o direito dos trabalhadores e empresários de adotar medidas de conflito coletivo, remetendo para a lei ordinária a regulamentação do seu exercício e a enumeração das garantias destinadas a assegurar, no caso de greve, o funcionamento dos serviços essenciais da comunidade (art. 37).

É possível dizer que essas Constituições são elaboradas sob o signo da autonomia e da liberdade e reforçam acentuadamente o papel dos sindicatos na sociedade industrial.

Outra é a posição das Constituições dos países socialistas. Valorizam o trabalho e dão importância também aos sindicatos, porém não enfatizam, como as anticorporativistas, a autonomia dos sindicatos perante o Estado e o seu papel na sociedade. Esse papel já é preestabelecido. O sindicato tem uma função político-ideológica, pedagógica do regime político. A sua presença, na ordem legal, tem um sentido integrativo no Estado, do qual participa diretamente e ao qual se relaciona, cumprindo diretrizes estabelecidas pelo partido político, que, por sua vez, exerce grande influência sobre a central sindical. Nesse

modelo, o sindicato não é contestativo do Estado, não diverge deste porque, de acordo com o princípio de poder, o sindicato também é parte integrante do poder estatal.

O Brasil sempre manteve uma tradição. Suas Constituições, desde 1934, incluíram normas sobre direito sindical. A rigor, antes mesmo, a Constituição de 1891 (art. 72, § 9º) dispunha que "a todos é lícito associarem-se, e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública", com o que foi consagrado o princípio da liberdade de associação, que não excluía a sindical.

A organização sindical não evoluiu muito desde 1934. Apenas modificou-se no curso da evolução das Constituições.

Talvez as ideias liberais que vinham da proclamação da República tenham tido alguma influência na adoção da pluralidade sindical de 1934, consagrada no princípio do art. 120, parágrafo único: "A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos".

A Constituição de 1937, sob a inspiração do Estado Novo e do regime político que expressou, estabeleceu diretrizes completamente opostas porque, embora declarando a liberdade da associação sindical, restringiu-a bastante com a inovação segundo a qual somente o sindicato reconhecido pelo Estado teria o direito de representação legal da categoria. Coerentemente com a concepção estatal que introduzia, prestigiou a contribuição sindical e delineou as funções dos sindicatos como aquelas delegadas pelo Poder Público.

A Constituição de 1946 transferiu para a lei ordinária a forma de constituição, representação e funções do sindicato, mantendo estas últimas, no entanto, como funções delegadas pelo Poder Público. Não houve alterações em 1967, mas ocorreram com a Constituição de 1988.

As convenções coletivas de trabalho foram reconhecidas (1934) e assim permaneceram, desde o início da sua constitucionalização até hoje.

A greve passa por uma trajetória que vai desde sua omissão na Constituição de 1934, sua proibição em 1937, sua autorização como direito em 1946, sua proibição nos serviços públicos e atividades essenciais em 1967, até sua ampliação em 1988.

Comparando esses dados é fácil ver que são marcados pela uniformidade sobre o reconhecimento das convenções coletivas, as divergências de concepções a respeito da greve e a predominância de um tipo de entendimento sobre a organização sindical. As convenções coletivas sempre foram prestigiadas. A greve passou pelas mais opostas avaliações. A organização sindical fechou-se a partir de 1937, num modelo heterônomo, do qual ainda não saímos inteiramente.

A Constituição Federal de 1988 tem um significado relevante, como instrumento de efetivação do processo democrático e de reordenamento jurídico da Nação, além de representar, em alguns aspectos, avanço voltado para a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Reconheça-se, no entanto, que o sistema de organização sindical que acolheu é contraditório; tenta combinar a liberdade sindical com a unicidade sindical imposta por lei e a contribuição sindical oficial. Estabelece o direito de criar sindicatos sem autorização prévia do Estado, mas mantém o sistema confederativo, que define rigidamente bases territoriais, representação por categorias e tipos de entidades sindicais.

Os princípios da Constituição de 1988 (arts. 10 a 12) são, em resumo, os seguintes: a) o direito de organização sindical e a liberdade sindical; b) a manutenção do sistema confederativo com os sindicatos, federações e confederações, sem menção às centrais sindicais; c) a unicidade sindical com a autodeterminação das bases territoriais, não sendo, todavia, admitida a criação de um sindicato se já existente outro na mesma base e categoria; a base territorial fixada pelos trabalhadores não poderá ser inferior à área de um Município; d) a livre criação de sindicatos sem autorização prévia do Estado; e) a livre administração dos sindicatos, vedada interferência ou intervenção do Estado; f) a livre estipulação, pelas assembleias sindicais, da contribuição devida pela categoria, a ser descontada em folha de pagamento e recolhida pela empresa aos sindicatos, mantida, no entanto, sem prejuízo da contribuição fixada em lei; g) a liberdade individual de filiação e desfiliação; h) a unificação do modelo urbano, rural e de colônias de pescadores; i) o direito dos aposentados, filiados ao sindicato, de votar nas eleições e de serem votados; j) a adoção de garantias aos dirigentes sindicais, vedada a dispensa imotivada desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato; l) o direito de negocia-

ção coletiva; m) o direito de greve, com maior flexibilidade; n) o direito de representação dos trabalhadores nas empresas a partir de certo número de empregados.

Essas disposições constitucionais, que servem de base para a estrutura sindical, respaldam, em alguns pontos, a livre organização e a ação sindical; em outros, são restritivas.

3. Fases do direito brasileiro

O direito sindical no Brasil tem uma trajetória que revela claramente quatro fases marcadas por características distintas, o *anarcossindicalismo*, o *corporativismo sindical*, o *sindicalismo autônomo* e a *reforma sindical projetada em 2004*.

4. O anarcossindicalismo

O *anarcossindicalismo* fundou-se nas ideias do sindicalismo revolucionário contestativo do Estado, da autoridade e das leis, segundo os princípios do anarquismo voltados para o movimento sindical, trazidos para o Brasil pelos imigrantes, especialmente italianos, que tiveram uma influência significativa na primeira fase do nosso movimento sindical, entre 1890 e 1920, conforme estudos de Sheldon Leslie Maram, em *Anarquistas, imigrantes e o movimento operário brasileiro* (1979), para quem essa foi a força mais influente no movimento operário brasileiro da época.

As duas primeiras leis sindicais foram aprovadas em 1903, sobre sindicatos rurais, e em 1907, sobre sindicatos urbanos.

Sublinhem-se como integrantes do período a *União Geral da Construção Civil*, o *Centro Cosmopolita*, duas importantes entidades sindicais, o 1º Congresso Operário (1906), do qual resultou a criação da *Confederação Operária Brasileira — COB*, que funcionou por pouco tempo, diversos jornais anarquistas que circularam em São Paulo e em outras cidades, greves em 1919 de duração prolongada e a manifesta liderança dos estrangeiros.

Essa liderança é assim descrita pelo mesmo autor: "o fato diferencial entre trabalhadores imigrantes e trabalhadores brasileiros era,

de um modo geral, que os primeiros ocupavam os cargos qualificados e semiqualificados, cargos esses de muito mais peso para a continuidade do sindicalismo. Outra diferença é o fato de existir, nas comunidades de imigrantes, homens que já haviam participado em lutas operárias na Europa antes de haverem imigrado".

Anote-se, também, o pensamento socialista predominante no 1º Congresso Operário de 1906, que aprovou propostas de resistência ao patronato e de ação direta dos trabalhadores.

O declínio do período culminou com a expulsão dos estrangeiros, de 1907 a 1921.

5. O intervencionismo

A segunda fase do direito sindical brasileiro, de maior duração, é a *intervencionista*, a partir de 1930, com o Estado Novo de Getúlio Vargas, a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio nesse ano, a política de *nacionalização do trabalho*, com a *Lei dos Dois Terços*, restritiva da presença do operariado estrangeiro nas empresas, a *Lei dos Sindicatos* (Dec. n. 19.770, de 1931), fiel aos princípios corporativistas e aos propósitos que Oliveira Viana, em *Problemas de direito sindical*, soube bem expressar, ao dizer que o pensamento revolucionário do Governo sempre proclamou o objetivo de "chamar o sindicato para junto do Estado, tirando-o da penumbra da vida privada, em que vivia, para as responsabilidades da vida pública. Neste intuito, deu-lhe a representação da categoria — e lha deu duplamente: para efeitos jurídicos e para efeitos políticos. Mais que isto: investiu-o de poderes de autoridade pública, transferindo-lhe prerrogativas próprias de pessoa do Estado".

Foram diretrizes que marcaram o modelo sindical corporativista, entre outras: a) o agrupamento das profissões idênticas, similares e conexas em categorias organizadas pelo Estado por meio da comissão de Enquadramento Sindical do então Ministério do Trabalho; b) a exigência do número mínimo de trinta sócios para que fosse possível pleitear a criação de um sindicato, cujo reconhecimento dependia de ato concessivo do Estado; c) a atribuição das funções assistenciais aos sindicatos, vedada a ação política; d) a proibição da transferência do

diretor do sindicato pela empresa para outra localidade; e) a proibição de sindicalização do funcionário público e de filiação de qualquer sindicato a organizações internacionais sem autorização do Ministério do Trabalho; f) a permissão para que os interessados, observados alguns requisitos, criassem Federações e Confederações.

Joaquim Pimenta, em *Sociologia jurídica do trabalho* (1944), ao analisar essa fase, sustenta que o momento, ainda tumultuado, reclamava a interferência do Estado, e, se à lei da época teve defeitos, tanto que era considerada por alguns uma lei fascista italiana e para outros uma lei inspirada na ideologia comunista, não era nem uma coisa nem outra, visando, apenas, à aproximação da classe trabalhadora do poder mediante um compromisso do Estado de reconhecer os sindicatos não apenas como sociedade civil mas como órgão necessário ao equilíbrio da ordem jurídica na economia nacional.

Um hiato no intervencionismo, pelo menos no papel, foi a Constituição de 1934, art. 120, com a *pluralidade sindical*, defendida pela Igreja Católica, sem maior ressonância, precedida do Decreto n. 24.694 (1934), sobre sindicatos profissionais, bastante detalhista quanto às funções, requisitos para criação, pedido de reconhecimento ao Estado, estatutos e outros aspectos do sindicato.

Prosseguiu a fase intervencionista em 1937 com a Constituição, que proibiu a greve e deu, claramente, à nossa ordem econômica a estrutura corporativista, prevendo o art. 140 a criação de corporações como entidades representativas das forças produtivas, do trabalho, colocadas sob a proteção do Estado e exercendo funções delegadas de Poder Público, centralizadas no *Conselho de Economia Nacional*, órgão composto por representantes da produção e das associações sindicais com a função de promover a organização corporativa da economia e estabelecer normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho (art. 57).

Seguiu-se o Decreto-lei n. 1.402, de 1939, igualmente repressivo do sindicato, sujeitando-o ao enquadramento sindical oficial, à intervenção do então Ministério do Trabalho, desde que ocorresse "dissídio ou circunstância que perturbe o funcionamento do sindicato", à cassação, pelo Ministro, da sua carta de reconhecimento quando deixasse

de cumprir exigências da lei, ato do Presidente da República ou normas corporativas de política econômica e às regras de administração instituídas pela lei.

A CLT (1943) é fruto dessas concepções sobre relações coletivas de trabalho, incorporando as leis que a antecederam e que passaram a ser os seus textos, a saber, a Lei n. 1.402 (1939), sobre organização sindical, o Decreto-lei n. 2.381 (1940), sobre enquadramento sindical, e o Decreto-lei n. 2.377 (1940), sobre contribuição sindical, bases legais do direito coletivo corporativista, que exerceu uma influência marcante em nosso pensamento e na realidade sindical brasileira, a ponto de sobreviver ao regime da Constituição democrática de 1946. Os poderes conferidos pela CLT ao Estado permitiam forte interferência na liberdade sindical, a ponto de não ser ilegal a Portaria n. 3.337, de 1978, que proibiu a existência de Centrais sindicais.

6. O sindicalismo autônomo

A terceira fase é o *sindicalismo autônomo*, caracterizada pela abertura política, que proporcionou um diferente tipo de relacionamento entre o Estado e os sindicatos, e que tem como um dos seus aspectos iniciais o movimento sindical, de que resultou a criação de diversas centrais sindicais sem amparo legal para o pluralismo que de fato instaurou-se na cúpula da estrutura sindical e, depois, com o desmembramento de diversas categorias para a instituição, na base, de novos sindicatos que se vincularam espontaneamente a uma das Centrais sindicais.

Em São Bernardo do Campo os trabalhadores constituíram a *Central Única dos Trabalhadores — CUT*, que iniciou um movimento contestativo do dirigismo do Estado; outros trabalhadores fundaram a *CGT — Central Geral dos Trabalhadores*, entidade que depois subdividiu-se; em São Paulo surgiu a *Força Sindical* na categoria dos metalúrgicos e a *USI — União Sindical Independente* na dos comerciários, entidades que, em conjunto, representam uma tendência de reorganização da cúpula da estrutura sindical, com reflexos sobre as Federações e Confederações, cujo papel, em alguns casos, ficou afetado pela maior projeção das Centrais e pela vinculação direta e espontânea, às mesmas, dos sindicatos que seguiram as suas respectivas tendências.

No plano legal, os textos mais relevantes foram a Portaria n. 3.100/85, que revogou a proibição das Centrais, antes estabelecida pela Portaria n. 3.337/78, a Lei n. 4.060, de 1964, sobre exercício do direito de greve, e, principalmente, a Constituição Federal de 1988, que fixou novos princípios para o direito sindical, fundados na ideia da maior autonomia das organizações sindicais, embora mantendo algumas restrições.

A Constituição Federal de 1988 rompeu em diversos pontos com o sistema intervencionista da CLT, em especial ao vedar a interferência e a intervenção do Estado na organização sindical; princípio que levou o Ministério do Trabalho e Emprego a concluir que qualquer atuação que pudesse ter sobre o movimento sindical, incluindo o reconhecimento de sindicatos, a expedição de cartas sindicais, a solução das disputas entre sindicatos que se intitulavam representantes de uma categoria, a sua participação em assembleias sindicais e a exigência de estatuto padrão para as entidades sindicais, seria contrária à Constituição.

O Ministério do Trabalho e Emprego interpretou as novas disposições constitucionais como uma abertura legal, no sentido da liberdade sindical, tendo em vista os preceitos do art. 8º, impeditivos da sua interferência na organização sindical.

Assim é que tomou diversas iniciativas, afastando a sua atuação administrativa o quanto possível. Ela destinava-se ao registro de entidades sindicais, instituindo um procedimento interno meramente cadastral de novos sindicatos, por criação originária ou por desmembramento de categorias, expedindo diversos atos voltados para esse fim, valorizando o registro civil cartorário dos sindicatos e ressalvando que as controvérsias surgidas pela ocorrência de impugnações passariam a ser dirimidas entre os interessados e pelo Poder Judiciário, com o que deixou de decidir disputas de representação sindical, que no plano judicial tiveram como jurisdição competente a Justiça Comum.

Desativou a Comissão de Enquadramento Sindical — CES tripartite (art. 576 da CLT), integrada por representantes do governo, das categorias econômicas e das categorias profissionais, por indicação destas, designados pelo Ministro do Trabalho, com mandato de três anos, cuja função principal era classificar as atividades econômicas e profissionais e subdividi-las num *Quadro de Atividades e Profissões*,

revisto, por ela mesma, de dois em dois anos. Com base nesse quadro, os sindicatos constituíam-se, mediante critério de agrupamento por identidade, similaridade ou conexão das atividades ou profissões. A Comissão resolvia, com recurso para o Ministro do Trabalho, as dúvidas e controvérsias concernentes à organização sindical. Com a desativação, o *Quadro de Atividades e Profissões* deixou de ser revisto e atualizado (CLT, art. 577), e, pelo mesmo motivo, as dúvidas e controvérsias concernentes à organização sindical, que eram solucionadas pela CES, deixaram de ser apreciadas na esfera do Ministério do Trabalho e Emprego ou em outra qualquer esfera administrativa.

O Ministério considerou desnecessário o processo de fundação de sindicatos estabelecido pela CLT, que exigia a prévia criação de associações não sindicais que, depois de um estágio, poderiam pedir a sua transformação em sindicatos, com o que obtinham carta sindical do Ministro do Trabalho, atendidos os requisitos fixados pela lei (CLT, art. 519) — que levam em conta o número de associados, os serviços sociais fundados e mantidos e o valor do patrimônio —, caso em que, com o reconhecimento e a investidura sindical do Ministério, as associações adquiriam prerrogativas de sindicatos relacionadas pela lei (CLT, art. 513).

A administração de sindicatos passou a ser concebida como ato interno, sendo atribuída ao próprio sindicato, não mais sujeita a fiscalização, que ocorria em relação às eleições sindicais, ao estatuto sindical, ao acompanhamento de assembleias sindicais, e ao *quorum* desta, que era previsto em lei. O Estado podia intervir em sindicato diante de dissídio ou circunstância que perturbasse o seu funcionamento ou de motivo relevante de segurança nacional, implicando a transferência da administração da entidade sindical para uma Junta Interventora. Com a Constituição de 1988 isso já não é possível diante da proibição da interferência e intervenção do poder público na organização sindical (CF, art. 8º, I).

A implementação dessas novas diretrizes, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, teve o propósito de valorizar a liberdade sindical, em consonância com o princípio da Convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho, não ratificada pelo Brasil, mas acolhida em parte pela Constituição de 1988.

Ampliou-se, consideravelmente, fragilizando o movimento sindical, o número de entidades sindicais em todos os níveis, inclusive Centrais Sindicais, estas não previstas pela Constituição Federal. Instituiu-se um sistema, paradoxalmente, de unicidade sindical no plano legal, mas de verdadeira pluralidade sindical de fato, com o respeito a algumas categorias tradicionais, econômicas e profissionais, que conseguiram manter-se intactas.

A facilidade de fundar sindicatos permitiu que surgissem sindicatos sem expressão, nada representativos, alguns com propósitos de provocar cisões em categorias econômicas e profissionais, elevar a cobrança de categorias sindicais e confederativas como objetivo maior, não sendo desconhecidos nem mesmo casos de tentativas de venda de legendas sindicais.

Pesquisa do IBGE, de 2001 a 2002, divulgada em 19-2-2003, revela que nesse período o número de sindicatos de trabalhadores no País cresceu 49%, enquanto o número de associados apresentou um aumento de 22%, o que levou à redução do tamanho médio dos sindicatos (de 2.104 para 1.720 associados).

A situação exigiu um paradeiro com o fim de impedir a desestruturação das organizações sindicais diante de iniciativas desautorizadas de minorias. Nossa lei tentou combinar o princípio do sindicato único com o desmembramento de categorias, sem os critérios seletivos de representatividade dos sistemas de pluralidade sindical, com o que, pela via dos desmembramentos, a criação de sindicatos supostamente dissociados é livre, sem controle, sem necessidade de demonstração de número de fundadores ou de representatividade da entidade sindical que se pretende criar, o que permite o surgimento de sindicatos que não apresentam condições de vida própria, mas que são muito ativos na cobrança das contribuições sindicais.

7. Avanços do nosso sistema legal

O direito sindical brasileiro sofreu grande influência do corporativismo italiano, guardando até os nossos dias figuras dele provenientes, entre as quais o sistema do sindicato único que veda a existência na mesma base territorial de mais de um sindicato da mesma categoria.

Outra figura herdada é a contribuição sindical compulsória sobre os salários de todo membro da categoria, associado ou não do sindicato.

Houve, no entanto, avanços.

Não deve ser considerado um modelo corporativista. Mas também não é pós-corporativista. É *semicorporativista.*

Os avanços em relação ao modelo corporativista são os seguintes:

1) as funções sindicais, na Constituição de 1946; as delegadas pelo Poder Público, na Constituição de 1988; a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria;

2) o sistema de criação das categorias, antes de 1988, um ato constitutivo do Estado de acordo com o quadro de enquadramento sindical; depois de 1988, a livre criação da categoria pelo sindicato com o que a categoria deixou de ser um *a priori* e passou a ser um *a posteriori* do sindicato; o quadro de enquadramento sindical do Ministério do Trabalho e Emprego não foi mais reeditado desde esse ano, a Comissão de Enquadramento Sindical foi extinta e o quadro não retrata mais as categorias;

3) a proibição constitucional da intervenção e interferência do Poder Público na organização sindical;

4) o modelo híbrido de organização caracterizado pela pluralidade de cúpula em nível de centrais e pela unicidade de base no nível de sindicatos, federações e confederações;

5) o registro sindical no Ministério com função meramente cadastral e não mais com a finalidade de reconhecimento constitutivo da existência do sindicato, passando as controvérsias sobre registro ao controle da Justiça do Trabalho e não mais do Ministério (EC n. 45, de 2004);

6) por decisões judiciais, a natureza facultativa e restrita aos sócios do sindicato da taxa assistencial e da contribuição confederativa, mantida a compulsoriedade apenas quanto à contribuição sindical prevista em lei;

7) depósito e não mais homologação pelo Ministério do Trabalho e Emprego das convenções e acordos coletivos nele registrados;

8) legalização das centrais sindicais.

§ 87. Definição, enquadramento, divisão e conteúdo do direito sindical

Sumário: 1. Definição. 2 Enquadramento. 3. Divisão. 4. Conteúdo.

1. Definição

A expressão "direito sindical" tem um sentido *subjetivo* e um sentido *objetivo*, o primeiro designando os direitos do sindicato no desempenho das suas atribuições legais; o segundo significando um setor do direito do trabalho. Fala-se em *direitos sindicais* na Itália (Giugni) para determinar os poderes ou faculdades reconhecidas aos sindicatos, entre os quais o direito de reunião em assembleia, o direito de *referendum*, o direito de filiação sindical, o direito de cobrar contribuições sindicais etc.

Evidentemente, não é esse o sentido que agora está sendo estudado, mas, apenas, o objetivo; procura-se definir um setor do direito do trabalho.

Há dois grupos de definições.

O primeiro reúne os juristas que levam em conta preponderantemente os *aspectos subjetivos*, sendo esse o caso de Cesarino Júnior, em decorrência da sua teoria da hipossuficiência, para a qual é fundamental a qualificação dos sujeitos. Assim, "ao conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos,

principalmente na forma de entidades sindicais", dá-se o nome de direito coletivo do trabalho.

O segundo congrega quantos conjugam *aspectos subjetivos* e *objetivos*, isto é, referem-se aos sujeitos e ao objeto, dizendo que nosso ramo "é parte do Direito do Trabalho que estuda as organizações sindicais, a negociação coletiva e os conflitos coletivos" (Russomano), ou que "Direito Sindical é o setor do Direito do Trabalho que disciplina as relações entre os sujeitos que defendem interesses coletivos", dando à expressão "interesse coletivo" conotação subjetivo-objetiva, indissociáveis que são os dois aspectos.

2. Enquadramento

Direito sindical é ramo do direito do trabalho.

Cabanellas[1] afirma que os conceitos subjetivo ou pessoal e objetivo ou regulador apoiam-se no fenômeno sindical dentro de um sistema normativo que proclame e respeite a liberdade de sindicalização, seja no texto constitucional, seja numa lei ordinária.

Outro conceituado especialista, Alberto José Carro Igelmo[2], define direito sindical como o "ramo da Ciência Jurídica referente à estrutura e organização das instituições resultantes do exercício da faculdade de associação profissional, assim como as normas emanentes de tais agrupações".

Ambos fazem referência às normas jurídicas, e não poderia deixar de ser assim, uma vez que o estudo do direito não pode prescindir da relevância atribuída às normas e às relações jurídicas.

Assim, direito sindical é o ramo do direito do trabalho que tem por objeto o estudo das normas e das relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical.

Não há dúvida de que a expressão "direito sindical" não é aceita por alguns doutrinadores, que preferem "direito coletivo do trabalho". Sustentam que as relações coletivas de trabalho não são apenas sindi-

1. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, p. 51.
2. *Introducción al sindicalismo*, Barcelona, CPC, 1971, p. 15.

cais, afirmação que merece todo o acatamento, porque algumas vinculações que se desenvolvem no âmbito coletivo prescindem mesmo dos sindicatos, como aquelas de que são partes, diretamente, as Comissões de Trabalhadores não sindicalizados e o empresário.

Porém, é preciso convir que são as relações das quais o sindicato ou outras entidades fazem parte as que ocupam a quase totalidade do espaço das relações coletivas do direito do trabalho, daí por que, segundo um critério de preponderância, é possível designar todo esse campo pela sua verdadeira nota característica, que é a organização e a ação sindical.

Justifica-se "direito sindical" não só por essa razão, mas também porque valoriza o movimento sindical, principal artífice das relações coletivas trabalhistas.

Observe-se, ainda, que, em respaldo a essa preferência, é possível citar a autoridade de Gino Giugni, que deu ao seu clássico livro o nome de *Diritto sindacale*[3], e de Antonio Ojeda Aviles, cuja obra é denominada *Derecho sindical*[4], Luisa Galantino, com a obra *Diritto sindacale*, Tomas Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos, autores de *Derecho sindical*, Garcia Abellan, com o *Curso de derecho sindical*, e outros, aqui não citados por brevidade. Obra coletiva das mais expressivas é *El derecho sindical en América Latina*, coordenada por Oscar Ermida Uriarte e Antonio Ojeda Aviles.

Giugni observa que o direito sindical é fenômeno tipicamente moderno, ainda que, sob uma perspectiva histórica, se pretenda efetuar alguma analogia dele com o direito autônomo dos grupos profissionais, que foi uma característica da organização da vida produtiva da Idade Média.

Exatamente por ser moderno, esse ramo do direito do trabalho, como direito, não se confunde com o estudo do movimento sindical, que pertence ao âmbito da história ou da sociologia, embora indispensáveis algumas informações dessa ordem para a sua melhor compreensão.

---

3. Gino Giugni, *Diritto sindacale*, 5. ed., Bari, Cacucci, 1980.

4. Antonio Ojeda Aviles, *Derecho sindical*, Madrid, Technos, 1984.

Aviles faz a advertência de que o direito sindical compreende a análise jurídica das relações coletivas de trabalho, mas não é o antigo direito coletivo do trabalho, isto é, não se considera a "segunda parte", o apêndice do direito individual do trabalho, mas o segmento jurídico da macrodisciplina das relações industriais.

É possível formular outra crítica à expressão adotada, a dos cientistas que entendem que a organização sindical não é um problema jurídico, mas uma realidade sociológica. Não comportaria uma análise jurídica nem deveria ser focalizada sob esse prisma. Essa visão, que é devida em boa parte à contribuição dos autores ingleses, não pode ser recusada quando experiências modernas de desregulamentação do direito coletivo do trabalho são encontradas em alguns países.

Mas, por maiores que sejam as razões favoráveis a tal compreensão do tema, seria muito difícil imaginar a possibilidade de uma organização, ainda que de entidades destinadas à defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores, totalmente desvinculada de normas jurídicas. O que deve ser enfrentado é outro problema. É a função das normas jurídicas sobre organização e ação sindical, por algum tempo repressoras e só depois de respaldo a apoio à liberdade sindical. A aversão ao jurídico explica-se como a rejeição das leis por meio das quais o Estado conduziu e até mesmo penalizou os movimentos sindicais, diretriz totalmente contrária aos objetivos do direito sindical.

Há que dimensionar o direito sindical com o direito do trabalho, sustentando uma corrente a *unidade* e outra a *dualidade ou autonomia* daquele em relação a este. No atual estágio o direito sindical é parte do direito do trabalho, não tendo adquirido uma autonomia científica, embora já o tenha, em alguns países, no plano legal, onde há leis de direito sindical independentes das leis de direito individual do trabalho, não unificadas numa codificação ou numa legislação comum abrangente dos dois setores das relações de trabalho.

3. Divisão

No que se refere à *divisão do direito sindical*, há os setores clássicos em que se divide, a *organização sindical*, a *negociação coletiva*, a *greve* e a representação dos trabalhadores na empresa.

No entanto, existem divisões mais amplas. No livro *El derecho sindical en América Latina*, coordenado por Uriarte e Aviles, os temas elencados são os seguintes: liberdade sindical; papel do Estado; organização e funcionamento dos sindicatos; proteção da liberdade sindical; organizações dos empregadores; convenção coletiva; procedimento da negociação coletiva; concertação social; conflitos coletivos, greve e locaute; meios de solução dos conflitos; representação e participação na empresa; e impacto das normas internacionais do trabalho.

4. Conteúdo

As questões de direito sindical são amplas; algumas, complexas.

Enumerem-se as seguintes, todas da competência da Justiça do Trabalho:

a) disputas de representatividade sindical entre dois ou mais sindicatos que se apresentam como representantes de uma categoria;

b) desdobramentos de categorias ecléticas em categorias específicas, com as questões judiciais decorrentes desse fato;

c) eleições sindicais;

d) estabilidade de dirigente sindical;

e) contribuições sindicais;

f) aplicação de convenções coletivas;

g) dissídios coletivos;

h) greve.

§ 88. Características da organização sindical na América Latina: da intervenção à autonomia

A autonomia organizativa em nossa região não é ampla como em diversos países de outras regiões. A legislação trabalhista impõe o desenho da organização sindical, estabelecendo os tipos de associações, seus níveis de representação, a forma como as associações sindicais devem ser reconhecidas, os órgãos competentes para o seu reconhecimento, o âmbito da representação que uma associação poderá exercer e, em menor grau, regras de administração interna dos sindicatos.

A estrutura sindical é definida pelas Constituições e leis infraconstitucionais e não pelos próprios interlocutores sociais.

Melhor seria, nesse ponto, uma alteração das tendências da legislação, em alguns casos já manifestada, no sentido de substituir a legislação disciplinadora por uma que promovesse a autonomia das organizações sindicais, que se caracterizasse de modo mais definido como suporte à liberdade sindical e não determinativa da estrutura sindical que o Estado permite, não impedindo a criação dos órgãos que os próprios interessados estimassem adequados aos seus objetivos profissionais e econômicos para a defesa dos seus interesses.

No Brasil, a Constituição Federal (art. 8º) impede a ratificação da Convenção n. 87 da OIT. Dispõe que o sistema sindical deve ser confederativo, com sindicatos, federações e confederações, e proíbe a criação de mais de uma associação sindical, em qualquer nível, representativa de certa categoria em uma mesma base territorial.

A realidade, no entanto, é outra. Em desacordo com a lei, surgiu, empiricamente, uma estrutura sindical pluralista, tanto na cúpula, onde há cinco centrais sindicais, como na base da pirâmide, em que há cerca de dezesseis mil sindicatos, muitos, disfarçadamente, concorrendo com outros que representam o mesmo ramo ou indústria, em bases territoriais municipais, intermunicipais, estaduais e, por exceção, nacional.

Os conflitos de representação entre associações sindicais, apesar da lei, são inevitáveis, e sua solução é buscada por meio de demorados processos judiciais, em número até hoje não superado em toda a história do sindicalismo brasileiro, com evidentes inconvenientes para a normalidade da vida sindical e para as relações de trabalho.

Nas negociações coletivas, não havendo acordo, qualquer das partes pode ajuizar um processo, o dissídio coletivo econômico ou de interesses, perante os Tribunais do Trabalho, com recurso para o Tribunal Superior do Trabalho, no qual a mesma discussão se repetirá. O conflito não tem uma solução natural.

O Uruguai é exceção; o seu modelo é abstencionista. O Estado não regula a organização e a atividade sindicais. Não há lei sindical. Há um voluntário vazio legislativo.

Prevalecem as disposições da Convenção n. 87 da OIT. Os trabalhadores têm o direito de fundar sindicatos sem autorização prévia do Estado. Este abstém-se de legislar sobre o registro daqueles, cuja constituição é fundada no direito de associação. A aquisição da personalidade gremial dispensa os formalismos observados para a criação das pessoas jurídicas. A personalidade gremial dos sindicatos é automática e informal.

A estrutura sindical é fruto da autonomia coletiva. Integram-na uma central sindical nacional e sindicatos por ramos de atividade. As entidades sindicais, no exercício da autonomia coletiva, elaboram os próprios estatutos e as regras de administração interna.

Em Cuba, com o regime socialista, no dizer de Efrén Córdova[1], o que se tem feito é importar o nome e as características de uma ins-

1. *O trabalho no mundo socialista*, trad., São Paulo, LTr, 1993.

tituição nascida em outro meio socioeconômico, como a negociação coletiva, e utilizá-la para fins próprios do regime político.

Nos regimes capitalistas, na opinião do autor, a negociação coletiva é um instrumento essencial de discussão, defesa e melhoria das condições de trabalho; nos países socialistas a convenção coletiva é um mecanismo relacionado ao aumento de produção e ao cumprimento de metas estabelecidas pelos planos; é, portanto, uma instituição de interesse do Estado, e, não existindo confronto, as conversações desenvolvem-se tranquilamente e sem greves.

As cláusulas das convenções coletivas baseiam-se nos esboços traçados pela Administração central do Estado, expressando-se como compromissos coletivos prefixados pelo Poder Público.

Por outro lado, o tipo de organização sindical implica o modelo de negociação coletiva, com o que a imposição legal do sindicalismo, por empresa, indústria, ramos, categorias ou setores econômicos acaba por refletir sobre a autonomia negocial para, de algum modo, condicioná-la.

A estrutura sindical por ramos de atividade do Uruguai, Argentina e Brasil certamente leva a convênios coletivos mais amplos. O sindicalismo por empresa é preponderante na maioria dos demais países da América Latina, influindo, de modo correspondente, nas negociações.

Os contratos coletivos centralizados e articulados, em nível setorial, regional e até nacional, que se propagaram na Europa depois da 2ª Guerra Mundial, e que se descentralizam, não encontram formas correspondentes no sistema latino-americano. Prevalecem as negociações descentralizadas.

Nenhum dos sistemas, o da representação por indústria, setores econômico-profissionais e por empresa, são imunes a críticas dos especialistas dos seus respectivos países, o que mostra que melhor seria reduzir o grau de interferência da legislação em proporção compatível com as peculiaridades de cada país.

A autonomia organizativa compreende, também, a liberdade dos trabalhadores de constituir órgãos não sindicais, se essa for a sua opção. Não há um levantamento disponível, nesse ponto, sobre a real situação de cada país.

Existem órgãos tripartites; é o caso do *Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil* — SMVM (1964), da Argentina; das Comissões

Mistas de distribuição das utilidades, do México (Lei Federal do Trabalho, art. 125), das Comissões para elaborar o regulamento interno da empresa, do mesmo país (art. 424); dos Conselhos de Salários, do Uruguai e outros, dificilmente classificáveis como autônomos, não só porque são criados por lei, como também porque são tripartites.

Há também representações de trabalhadores nas empresas. São colegiadas ou unipessoais. Essa prática não atingiu o mesmo grau de desenvolvimento de outros continentes. Exemplifique-se, no Brasil, com a representação não sindical para promover o entendimento direto com o empregador, não excludente da representação sindical por categoria, autorizada pela Constituição Federal de 1988, art. 11, nas empresas com mais de duzentos empregados.

Todavia, ainda não se atingiu um grau que possa ser considerado amplo de órgãos independentes criados pela autonomia coletiva.

A autonomia coletiva exercita-se, ainda, como fonte de elaboração dos estatutos sindicais. Há países que prescrevem algumas normas legais sobre eles, mas que não chegam a ser uma excessiva interferência.

Na Argentina, os estatutos estão sujeitos aos princípios da lei sindical (Lei n. 23.551 e Dec. n. 467, de 1988). No México, são um direito dos sindicatos (LFT, art. 359) e devem dispor obrigatoriamente (art. 371) sobre condições de admissão dos seus membros, direitos, obrigações e punições disciplinares dos sócios, bases para convenção de assembleias, eleições, número e prazos de mandato dos diretores, formas de pagamento e valores das quotas sindicais, prestação de contas e normas para liquidação do patrimônio. No Peru, os estatutos sindicais devem dispor sobre a composição e atribuições da assembleia geral e maioria absoluta para dissolução do sindicato (Decreto-lei de Relações Coletivas de Trabalho, arts. 21, 22 e 33). Na Venezuela (*Ley Orgánica del Trabajo*, de 1990, art. 401), os sindicatos podem redigir seus estatutos e regulamentos, mas a lei (art. 423) prevê diversos requisitos (arts. 408 e 409) e algumas obrigações dos sindicatos perante a Inspeção do Trabalho (art. 430).

Talvez fosse melhor somente uma legislação que estabelecesse apenas princípios para impedir estatutos antidemocráticos que se prestassem a perpetuar um grupo no poder ou contrários à liberdade sindical individual, sem outras especificações, caso em que estariam atendidos dois valores básicos, a autonomia coletiva e a defesa da liberdade individual.

§ 89. Definição e fundamentos das relações coletivas

Sumário: 1. Definição. 2. Relações coletivas e relações individuais. 3. Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 4. Classificação das relações coletivas de trabalho. 5. Fundamentos jurídicos. 6. Pluralismo jurídico. 7. Interesse coletivo. 8. Autonomia privada. 9. Liberdade sindical. 10. A representatividade sindical.

1. Definição

Relações coletivas de trabalho são relações jurídicas que têm como sujeitos os sindicatos de trabalhadores e os sindicatos de empregadores ou grupos e como causa a defesa dos interesses coletivos dos membros desses grupos.

Há definições mais amplas, como a de Giuliano Mazzoni[1], adaptável à Itália: "Relação coletiva de trabalho é a relação jurídica constituída entre dois ou mais grupos, respectivamente de empregadores e trabalhadores, sindicalmente representados, ou então entre um empresário e um sindicato ou mais sindicatos de trabalhadores para regular as condições de trabalho dos sócios representados e o comportamento dos grupos visando ordenar as relações de trabalho ou os interesses coletivos dos grupos".

1. *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1977, v. 2, p. 1206.

O estudo das relações coletivas, no direito italiano, merece um desenvolvimento que atualmente atinge nível expressivo e cujas origens remontam à *teoria do regulamento coletivo* de Carnelutti[2], hoje reavaliada à luz dos novos princípios que informam o direito trabalhista peninsular, com as contribuições não só de Mazzoni, mas de Santoro-Passarelli[3], Giovanni Tarello[4] e outros, presente também a influência de Santi Romano e sua conhecida teoria pluralista do ordenamento jurídico.

Na França, Brun e Galland denominam o segundo volume do seu livro *Droit du travail* de *Les rapports collectives de travail* (1978), compreendendo o estudo do movimento sindical e do direito sindical, das convenções coletivas, das relações coletivas na empresa e dos conflitos coletivos de trabalho.

Menos expressivas que no âmbito trabalhista, mas também ganhando a atenção dos juristas, são as relações coletivas no direito comum, notadamente no direito processual com os estudos sobre a tutela jurisdicional dos grupos.

No direito civil é destacado o estudo de Gabriel Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif* (Paris, 1961), no qual o autor procura incluir o ato jurídico coletivo na teoria geral dos atos jurídicos.

As relações de trabalho entre os grupos têm uma importância já assinalada pela doutrina, mas a teorização das formas com que se apresentam é tarefa recente e ainda em elaboração.

A estrutura dessas relações compreende a figura dos sujeitos, que são os grupos de trabalhadores e empregadores, com o que se caracterizam essas relações, não como individuais, mas grupais, e a sua finalidade é a defesa dos interesses dos membros dos grupos e não de cada um dos seus integrantes individualmente considerados.

Impõe-se, portanto, delimitar a diferença entre as relações coletivas e individuais. Mais que isso, as relações coletivas precisam ser

---

2. *Lezioni di diritto industriale. Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, CEDAM, 1936.

3. Autonomia collettiva, giurisdizione; diritto di sciopero, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1949 etc.

4. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972.

fundamentadas na dogmática jurídica, tendo em vista o seu significado social e a sua crescente multiplicação.

Destinam-se a disciplinar os interesses coletivos e têm uma função criadora das normas que regem os próprios grupos, mas também se destinam a constituir normas que vão determinar direitos e obrigações para os contratos individuais de trabalho, de modo que são relações de auto-organização dos grupos e elaboração de normas jurídicas não estatais, surgidas no seio dos próprios grupos de trabalhadores e empregadores.

Essa autonomia normativa não significa soberania perante o Estado, nem sobreposição de uma ordem jurídica paralela e à margem da ordem jurídica estatal, mas um componente desta, por ela autorizado nas Constituições dos países, especialmente aqueles que cultuam a democracia, nos quais a realização da Justiça Social não se confina à aplicação dos instrumentos do Estado, mas também dos movimentos sindicais.

2. Relações coletivas e relações individuais

No direito do trabalho há dois tipos fundamentais de relações jurídicas, assim entendidas as relações sociais disciplinadas pelo direito: as *relações coletivas* e as *relações individuais de trabalho*.

A diferença entre ambas se faz a partir dos *sujeitos*, dos *interesses* e da *causa final* de ambas.

Nas relações coletivas, os *sujeitos* são os grupos de trabalhadores e de empregadores, normalmente representados pelos sindicatos trabalhistas e patronais, apresentando-se como relações intersindicais. Podem caracterizar-se como coletivas relações entre os próprios trabalhadores e uma ou mais empresas com as quais se relacionam diretamente, sem a via sindical-patronal, quando têm por finalidade a tutela de interesses de um grupo de trabalhadores de uma empresa. Serão relações que não se desfiguram como grupais, uma vez que atingem também um grupo, embora em esfera mais restrita, daí por que na empresa também há relações individuais e coletivas, sendo conhecidos os mecanismos existentes em outros países para a representação do grupo de trabalhadores visando a soluções de problemas coletivos, como as figuras do representante dos trabalhadores e do conselho de empresa. Não se confundem

com as relações individuais, cujos sujeitos são os trabalhadores singularmente considerados e não como parte de um grupo.

Os *interesses* nas relações coletivas são grupais, isto é, referem-se a uma coletividade, sendo comuns a todos os seus membros, enquanto nas relações individuais são isolados, autônomos, não se comunicam entre diversas pessoas porque pertencem à esfera jurídica de uma só delas. Nem sempre o número de pessoas é fundamental para distinguir entre os dois tipos de relações. Podem alguns empregados agir simultaneamente porém com reivindicações diferentes, cada um com uma específica pretensão, caso em que não há um interesse coletivo, mas individual, porque aquele supõe um elo que unifica as pessoas por uma só e comum reivindicação.

Também a *causa* permite diferenciar as duas figuras; nas relações coletivas a defesa dos interesses grupais, nas relações individuais a defesa de interesses isolados e específicos das pessoas. A causa nas relações coletivas é abstrata e geral, nas individuais é concreta e específica.

As relações coletivas, que Mazzoni vê como uma "nuova dimensione del diritto", complementam as relações individuais, desempenhando uma função disciplinadora destas, porque criam normas jurídicas nas quais os sujeitos das relações individuais se baseiam para compor o seu quadro de direitos e obrigações. Desempenham, portanto, uma função integrativa ampla da ordem jurídica, enquanto as relações individuais não têm um escopo fundamentalmente constitutivo de normas, embora a autonomia privada, individual, a exemplo da coletiva, também seja fonte de instauração de normas que são negociais mas individuais, válidas apenas para os dois sujeitos do vínculo. A dimensão normativa das relações coletivas é ampla, a das relações individuais é restrita, sendo diferentes as esferas em que se projetarão.

Das relações coletivas resultam convenções coletivas de trabalho, e as relações individuais são decorrência de ajustes negociais entre os indivíduos, das quais resultam cláusulas do contrato de trabalho, sendo as convenções coletivas normas genéricas e o contrato norma individualizada[5].

---

5. Sobre normas individualizadas, ver Abelardo Torré, *Introducción al derecho*, 6. ed., Buenos Aires, Ed. Perrot, 1972, p. 147; Rodrigues-Arias, *Ciencias y filosofía del derecho*,

As relações coletivas destinam-se não só a regular as condições de trabalho, mas também a atividade mesma sindical, porque têm fins estruturais, aspecto não encontrado nas relações individuais, que têm como causa reger apenas o contrato individual.

Observe-se, também, que as relações coletivas são autocompositivas dos conflitos entre os grupos, portanto uma forma de solução dos conflitos coletivos, enquanto as relações individuais não têm como fim resolver conflitos, porque vão buscar nas normas estatais e coletivas os critérios de solução.

3. Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Desenvolveu-se na doutrina, com reflexos na legislação, a ampliação dos tipos de interesses e direitos coletivos, superando a clássica divisão romana entre o público e o privado, intermediado, agora, pelo social, que abriu uma perspectiva mais ampla, com aspectos de direito material, dos quais será feito um resumo, e de direito processual, estudados na disciplina própria.

A tricotomia que ganhou relevância é a dos *interesses difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*, postos, no direito processual, como expressões da tendência da coletivização do processo perante a jurisdição, forma de superar a fragilidade da legitimidade ativa individual numa sociedade de massas que dificulta a atuação isolada do indivíduo.

No plano do direito material, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, art. 81) dá elementos para a diferença entre os respectivos conceitos: os difusos, abrangentes de número indeterminado e indeterminável de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato; os coletivos, aqueles pertencentes aos grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base; e individuais homogêneos, os de origem comum.

Buenos Aires, EJEA, 1961, p. 530; García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, 19. ed., México, Porrúa, 1971, p. 82; Goldschmidt, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, trad., 3. ed., Depalma, 1967, p. 190; Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 174.

A ênfase da nota configurante de cada um desses tipos de direitos está na divisibilidade-determinabilidade, encontrada nos direitos individuais homogêneos que, como o nome diz, são direitos individuais, mas de diversas pessoas, bem como nos direitos coletivos, que igualmente podem ser individualizados e determinados, daqueles diferindo porque há um grupo que se vincula ao interesse, ausente nos direitos difusos que, pela sua natureza, não podem ser divididos e que geram um direito de reparação de um dano que sua violação pode causar, indenizável com uma multa que reverte para um fundo.

Essas categorias, que podem ser aceitas porque fundadas na lei do consumidor, estão longe de oferecer uma elaboração doutrinária concluída, sofrendo, bastante, influxos processuais decorrentes das vantagens sociais da coletivização do processo, inclusive na esfera trabalhista, na qual os interesses e direitos coletivos são tradicionais, as categorias econômicas e profissionais dão suporte à organização sindical corporativista e diversos instrumentos processuais já existem, como o dissídio coletivo, a ação de cumprimento e, agora, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública, crescendo os estudos e a utilização da substituição processual.

4. Classificação das relações coletivas de trabalho

Há mais de um tipo de relações coletivas que se desenvolvem no mundo do trabalho, com características que diferem e permitem uma classificação que, embora não sendo exaustiva, procura aproximar-se da realidade jurídico-social em que essas relações encontram o seu campo existencial.

Segundo os sujeitos que nas mesmas figuram há relações coletivas de trabalho que são *sindicais* e *não sindicais*.

As sindicais subdividem-se duplamente.

Primeiro, tendo em vista a polaridade dos sujeitos, havendo relações *bilaterais*, que são as que têm em ambos os polos do vínculo, o patronal e o profissional, uma entidade sindical, e *unilaterais* — não no sentido de uma relação jurídica com uma só parte, o que é impossível —, para designar aquelas em que somente uma das partes é entidade sindical.

Segundo, tomando por base o grau das entidades sindicais envolvidas, já que existem relações coletivas entre sindicatos de base e entre estes e entidades sindicais de segundo grau.

As relações coletivas *não sindicais* envolvem sujeitos não investidos de representação sindical e são, em nosso país, em menor número. Esses sujeitos são *representações de trabalhadores nas empresas* (CF, art. 11) e *Comissões de trabalhadores*, na forma da Lei n. 7.783/89, art. 5º, que prevê comissão de greve eleita pelos trabalhadores.

Quanto ao *meio*, as relações coletivas são *de conflito*, por meio da *greve* e do *locaute* — proibido no Brasil pela Lei n. 7.783/89; de *composição*, mediante *negociações coletivas*, possível a transformação destas naquelas ou, também, o contrário; *formais*, quando consubstanciadas mediante um instrumento jurídico; e *informais*, quando não materializadas em uma norma jurídica.

Quanto ao *objeto*, as relações coletivas são *econômicas*, quando versam sobre salários no sentido amplo — sentido mais restrito que o da mesma palavra nos dissídios coletivos, que abrange todo conflito para obter novas normas e condições de trabalho; *sociais*, quando têm por objeto medidas de natureza social para os trabalhadores; *legais*, quando observam os parâmetros fixados pelo sistema legal; e *ilegais*, quando se afastam dos permissivos legais.

5. Fundamentos jurídicos

O fundamento jurídico das relações coletivas é de natureza constitucional. A *liberdade de associação*, prevista nas constituições dos países, inclusive nas Constituições brasileiras, negada sob a influência de Rousseau e das ideias contrárias ao agrupamento, no século XIX, restabelecida por ideias como as de Stuart Mill e Tocqueville, foi acolhida pelo constituinte brasileiro. A liberdade de associação é declarada já na Constituição de 1891 e mantida até nossos dias. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos e nenhuma associação poderá ser dissolvida senão em virtude de decisão judicial.

No plano constitucional também está declarada a *liberdade sindical*, que examinaremos separadamente (*v.* § 89, n. 9).

Para que a liberdade sindical possa exercitar-se é indispensável o reconhecimento da *autonomia coletiva dos particulares*. Esta é a sua fonte e fundamento jurídico trabalhista. Só se valoriza numa *ordem jurídica pluralista* que garanta a livre atuação dos grupos intermediários para que se organizem, constituam a sua estrutura, os seus estatutos, relacionem-se com os outros grupos sociais, tendo em vista a disciplina dos seus interesses.

6. Pluralismo jurídico

O *pluralismo jurídico* sustenta a diversificação de processos de formação do direito, entendendo-se por pluralismo jurídico a teoria da origem estatal e não estatal do direito positivo. O direito positivo, segundo o pluralismo, revela-se multiforme. Existem normas jurídicas criadas pelo Estado e também por outros grupos sociais, como a Igreja, as associações profissionais etc. A lei estadual não encerra todo o direito positivo, de tal modo que o grupo social particular dá origem a uma ordem jurídica própria, total ou parcialmente desvinculada do Estado e, em alguns casos, até mesmo contrária à ordem jurídica estatal.

Ataliba Nogueira conceitua o pluralismo jurídico como a coexistência de várias ordenações jurídicas na mesma sociedade política. O pluralismo é o desenvolvimento de uma corrente de pensamento que encontra raízes em Grotius e a classificação do direito em categorias. Grotius classifica o direito em *jus latius patens*, que é o direito elaborado pela comunidade internacional, *jus civile*, que é o direito criado pelo Estado, e *jus arctius*, que é o direito proveniente de grupos menores. O direito do Estado é circundado, interior e exteriormente, por ordens jurídicas autônomas. O *jus arctius*, por sua vez, diferencia-se em *jus rectorium*, relações entre pais e filhos, patrões e servos, administradores e administrados, e *jus equatorium*, relações da família conjugal e associações fraternais e voluntárias.

Leibniz, ao lado da sociedade internacional, da Igreja etc., distingue os seguintes grupos que elaboram o direito: guildas, sociedades domésticas, caixas de seguros, congregações, convênios, aldeias, cidades, regiões e outros grupos organizados, cada um tendo o seu próprio *jus societas sive anguentium*, um direito autônomo mas integrado no conjunto, dividido segundo a própria divisão dos grupos sociais.

Messner afirma não ser essencial ao direito a sua procedência do Estado e ressalta um direito próprio em grupos sociais, sindicatos, associações, clubes etc.

Para Krause coordenam-se associações menores e Estados, numa produção múltipla de direito positivo emanado de sociedades globais — nação e sociedade internacional —, grupos básicos — família, união de amigos, aldeia ou municipali-

dade — e grupos para fins especializados — associações econômicas, Igrejas, Estados, associações pedagógicas etc.

Scholten ressalta que "se em nossos dias se descreve o direito operário é certo que o direito estadual tem aí o seu lugar, mas as convenções coletivas, os regulamentos de organizações operárias lhe fazem concorrência crescente".

Gurvitch sustenta a teoria da estrutura organizada hierárquica entre as diversas fontes de produção jurídica.

Santi Romano vê o direito como ordem social antes de ser norma.

Laski defende um pluralismo destinado à conciliação entre o federalismo funcional e os direitos do indivíduo.

Del Vecchio prega a teoria da graduação da positividade jurídica, na qual o Estado é um centro de referência ao lado de outros centros de determinações jurídicas tantos quantos sejam os círculos sociais.

Segundo a concepção pluralista, o Estado *instaura* e *reconhece* modelos jurídicos. Portanto, há modelos jurídicos criados pelo Estado (instaurações), como, também, elaborados pelos grupos sociais (reconhecimento).

7. Interesse coletivo

As relações coletivas são destinadas à defesa dos *interesses coletivos*, razão pela qual cumpre esclarecer em que termos esses interesses podem ser conceituados.

Santoro-Passarelli[6] define interesse coletivo como "o interesse de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo a satisfazer as necessidades comuns. Não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação, e é indivisível, no sentido de que vem satisfazer não diversos bens destinados às necessidades individuais, mas um único bem apto a atender às necessidades de uma coletividade".

Para Giovanni Tarello[7], o interesse coletivo é *econômico*, porque visa atender a fins econômicos comuns, é *indivisível*, porque se refere a uma coletividade, é *genérico* diante da sua indivisibilidade, e tem *natureza privada*.

---

6. *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1952.

7. *Teorie e ideologie*, cit., p. 30.

Não se confunde com o interesse público, embora não deva contrariá-lo. Não obstante pode estar em desacordo com o interesse público, caso em que se choca com o bem comum.

É indivisível no sentido de que vincula as pessoas, que se integram como um todo, relacionadas por uma reivindicação que a todas se comunica e que é igual para cada uma delas, mas que se descentraliza em esferas de grupos de dimensões variadas e que podem ter a amplitude de uma categoria, de uma profissão ou de uma esfera menor.

A construção doutrinária que lhe atribuiu natureza privada destina-se a retirá-lo da esfera estatal, porque, se configurado como interesse público, pode diluir-se em meio aos interesses de tipo corporativo.

8. Autonomia privada

A garantia do interesse coletivo dos grupos fundamenta-se no princípio da *autonomia coletiva dos particulares*.

A autonomia privada individual é uma fonte de instauração de vínculos de atributividade que se expressam por meio da atividade negocial dos particulares.

A teoria jurídica valoriza a autonomia dos particulares, apontando-a como permanente fonte de criação de vínculos jurídicos, denominados negócios jurídicos, tema fartamente estudado por Betti[8], Stolfi[9] e cujas conclusões são conhecidas. Miguel Reale[10] ressalta que, desde que haja manifestação de vontade por quem tenha legitimação para fazê-lo, constitui-se o negócio jurídico, que define como "o ato jurídico pelo qual uma ou mais pessoas, em virtude de declaração de vontade, instauram uma relação jurídica, cujos efeitos, quanto a elas e às demais, se subordinam à vontade declarada, nos limites consentidos pela lei".

Da mesma maneira que nas relações individuais a ordem jurídica admite a atividade negocial, com maiores ou menores restrições, no

8. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Ed. Torinese, 1943.

9. *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1946.

10. *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 220.

plano das relações coletivas também existem necessidades que são atendidas mediante relações entre associações sindicais como sujeitos coletivos dotados de autonomia e autogoverno.

Entre a autonomia individual e a autonomia pública, como ensina Mazzoni, há uma outra forma, a autonomia coletiva, que é a autonomia dos grupos intermediários entre o indivíduo e o Estado.

Reconhecendo os grupos intermediários e o direito de associação, o Estado reconhece também o direito dos grupos de regular os próprios interesses, do mesmo modo que o reconhece quanto aos indivíduos.

A autonomia coletiva não é o mesmo que soberania, pois esta pertence ao Estado.

Seus limites são estabelecidos de modo não coincidente em cada sistema jurídico, tudo dependendo da política sindical que seguir.

Em linhas amplas, a autonomia coletiva compreende a *autonomia organizativa*, da qual resulta o direito dos sindicatos de elaborar os próprios estatutos; a *autonomia negocial*, que permite aos sindicatos fazer convenções coletivas de trabalho; a *autonomia administrativa*, da qual resulta o direito do sindicato de eleger a sua diretoria e exercer a própria administração; e a *autotutela*, que é o reconhecimento de que o sindicato deve ter meios de luta, previstos nos termos da lei, para a solução dos conflitos trabalhistas, entre os quais a greve, o *lockout* e o direito a um arbitramento das suas disputas.

9. Liberdade sindical

Liberdade sindical é expressão que tem mais de uma acepção.

É método de conhecimento do direito sindical quando é ponto de partida para a classificação dos sistemas, comparadas as características de cada ordenamento interno nacional com as garantias que o princípio da liberdade sindical oferece, caso em que esses sistemas podem ser classificados como de liberdade sindical plena, relativa ou sem liberdade sindical, podendo ser situado o brasileiro no segundo grupo.

Liberdade sindical é, também, um conceito quando a expressão destina-se a responder *que é liberdade sindical,* perspectiva que se desdobra em liberdade como direito de organização e liberdade como

direito de atuação, ambos complementando-se, indivisíveis, caso se pretenda qualificar um sistema como de plena liberdade sindical, sendo, portanto, a ação o meio de implementação da liberdade de organização e condição para a sua efetividade, com o que um sistema restritivo da ampla autonomia coletiva dos particulares não pode ser enquadrado entre os modelos de plena liberdade sindical, tanto quanto um sistema limitativo da macro ou da micro-organização, aquela na dimensão internacional, comunitária ou nacional, esta, além de outros níveis, como o regional, o municipal, o de categorias, abrangendo a liberdade de organização dos trabalhadores na empresa ou na unidade produtiva.

Na dimensão conceitual, liberdade sindical expressa os níveis por meio dos quais se concretiza a liberdade coletiva, que é a dos grupos formalizados ou informalizados, a liberdade individual, que é das pessoas e o seu direito de filiar-se ou desfiliar-se de um sindicato, e o relacional, no sentido de ser uma liberdade exercida perante o Estado, o empregador e, até mesmo, outras entidades sindicais.

Vai mais além o significado de liberdade sindical. Refere-se, também, à liberdade interna de auto-organização sindical que leva à autonomia da sua administração mediante definição dos órgãos internos do sindicato, eleição livre dos seus dirigentes e liberdade de redigir os estatutos que regerão a vida da organização.

Como se vê, significa mais que liberdade de organizar sindicatos para a defesa dos interesses coletivos mas, também, um princípio de autonomia coletiva que deve presidir os sistemas jurídicos pluralistas.

Quer dizer também a liberdade conferida a cada pessoa de ingressar num sindicato ou dele sair, sem discriminações injustificáveis, expressando-se, portanto, como o direito de sindicalização daqueles que preenchem determinados requisitos adequados. Nesse caso é um direito subjetivo individual que deve ser garantido pela ordem jurídica.

Como se viu, liberdade sindical significa também a posição do Estado perante o sindicalismo, respeitando-o como manifestação dos grupos sociais, sem interferências maiores na sua atividade enquanto em conformidade com o interesse comum. Nesse caso, liberdade sindical é o livre exercício dos direitos sindicais.

No sentido da Convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho — OIT, quatro garantias básicas caracterizam a liberdade sindical: o direito de fundar sindicatos, o direito de administrar sindicatos, o direito de atuação dos sindicatos e o direito de filiação ou desfiliação de um sindicato, e a Convenção n. 98, do mesmo órgão, completa esse quadro, ao declarar que os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a diminuir a liberdade sindical em seu emprego.

A Constituição Federal de 1988 (art. 8º) declara que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicatos, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical", assegurando, assim, a autonomia dos sindicatos perante o Estado.

Veda a "criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município".

Mas é contraditória ao manter o princípio da unicidade sindical ou da proibição de mais de um sindicato de igual categoria na mesma base territorial, herdado da Consolidação das Leis do Trabalho, esta, por sua vez, fundada nos princípios do corporativismo.

As centrais sindicais, situando-se acima das confederações, em sistema no qual pela lei constitucional é confederativo, não foram legalizadas pela Constituição Federal de 1988.

Não permite sindicato por unidade produtiva ou empresa ao declarar que a base mínima territorial do sindicato é a de um município.

Atribui ao sindicato "a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas", quando no período contemporâneo as atribuições do sindicato, diante da crise de representatividade, do desemprego e da necessidade de uma participação mais efetiva nos problemas sociais e econômicos, o conduzem a uma atuação que excede a prática funcional da simples defesa dos interesses da categoria.

Dispõe que "a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para

custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei", mantendo a contribuição sindical devida por todo membro da categoria ao sindicato e criando uma segunda contribuição, de igual extensão, a ser fixada pela assembleia.

Assegura a liberdade sindical individual e considera "obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho".

Dá a garantia da estabilidade ao dirigente sindical.

Permite, nas empresas com mais de 200 empregados, a eleição, pelos trabalhadores, de um representante (art. 11), bem como a participação destes e dos empregadores nos colegiados dos órgãos públicos de discussão e deliberação de assuntos de interesse profissional ou previdenciário (art. 10), porém não define se essa representação é sindical, o que colidiria com a limitação territorial acima referida, ou se não é sindical.

Admite a sindicalização dos servidores públicos, exceto militares (arts. 37, VI, e 42, § 5º).

A CLT atribui legitimação para negociar aos sindicatos em sua base territorial, não a prevendo para entidades sindicais de grau superior, salvo nas categorias inorganizadas em sindicato (CLT, art. 611).

10. A representatividade sindical

Para compreender a representatividade sindical, devemos tomar a palavra *representar* no sentido literal de pôr-se à frente de alguém, daí por que representante é aquele que atua em nome de outrem, para quem age, defendendo os seus interesses; e no sentido essencial da expressão, como uma questão sociológica mas de contornos jurídicos, de legitimidade consubstanciada, como o potencial de qualificação de um sujeito coletivo para eficazmente cuidar dos interesses dos seus representados no desempenho da sua ação coletiva.

A questão leva ao debate sobre a escolha dos critérios que a definirão, tema que assume maior importância nos sistemas sindicais de pluralidade, que, por serem permissivos, admitem coexistência de diversos sindicatos no mesmo grupo, cada qual defendendo os interesses

dos seus associados ou filiados. Havendo situações nas quais há um interesse coletivo geral da categoria, que pressupõem a sua defesa por um só sindicato, o mais representativo, surge a questão fundamental de definir, nesses casos, a que sindicato, entre os diversos, competirá essa defesa.

As grandes confederações sindicais italianas usaram como critério da representatividade o *mútuo reconhecimento*, legitimador da negociação coletiva num ordenamento sindical de fato, do tipo institucional.

Num sistema legalista, a lei fixa requisitos para escolha do sindicato mais representativo: número de associados, número de delegados sindicais nas empresas, grau de colaboração para o aperfeiçoamento das leis trabalhistas e programas de interesse social, número de comissões sindicais de trabalhadores nas empresas, independência do sindicato, capacidade de mobilização da categoria, respeito estatutário às liberdades democráticas na vida interna da entidade, volume das contribuições recebidas dos representados, experiência, antiguidade, número de contratos coletivos e outros, às vezes, muito específicos, como o caso da França, que elevou a critério de representatividade, entre outros, o papel desempenhado pelo sindicato na 2ª Guerra Mundial, durante a ocupação nazista, como força de resistência contra essa ocupação.

Portanto, a representatividade de uma organização sindical é extraída de indicadores circunstanciais ou indiretos para retratar o grau de aceitação dessa entidade pelos seus representados. Variam de um para outro sistema legal e dependem fundamentalmente de uma opção do legislador, tendo como vetor a escolha dos dados mais apropriados para que a entidade sindical possa expressar os interesses profissionais ou econômicos no seu âmbito de atuação, para o efeito de dar, a essa entidade, exclusividade de representação em um dado momento, diante de razões de viabilidade e efetividade, tanto na esfera dos trabalhadores como na empresarial, objetivo para o qual o melhor critério, embora o mais trabalhoso, seria o eleitoral ou plebiscitário.

A demonstração da maior representatividade é posta tanto como um pressuposto para a atribuição de personalidade sindical autorizan-

te do registro da entidade que pretende a sua fundação em órgão próprio como uma premissa identificadora, entre diversas entidades sindicais já existentes e autorizadas a funcionar, para que, numa situação concreta e diante da relevância da escolha de uma entre diversas entidades para essa situação, possa definir-se por uma delas.

No direito brasileiro a figura da representatividade sindical — que não é o mesmo que representação sindical — aparece pela primeira vez na *Lei das Centrais Sindicais* (2008).

§ 90. Sistemas de organização sindical

Sumário: 1. Unidade, unicidade e pluralidade sindical. 2. Sindicalismo de direito público e de direito privado. 3. Base sociológica do grupo. 4. Outros critérios de organização.

1. Unidade, unicidade e pluralidade sindical

Há sistemas jurídicos nos quais em uma mesma base territorial a lei permite apenas um sindicato representativo do mesmo grupo, enquanto em outros é facultada a constituição, no mesmo grupo, de mais de um sindicato, denominando-se o primeiro sistema "unicidade sindical" ou sistema do "sindicato único", como no Brasil, e o segundo, "pluralidade" ou "pluralismo sindical", como na França.

As objeções que são apontadas quanto ao sistema do sindicato único cingem-se à restrição que se impõe à livre constituição de sindicatos pelos interessados, de modo que aqueles que pertencem ao grupo não têm outras opções, ainda que em desacordo com as diretrizes sindicais. A representação dos interesses fica canalizada para uma única organização, não restando alternativas para os representados em desacordo com as diretrizes da diretoria do sindicato, a não ser influir nas eleições para a sua renovação.

Em abono do sindicato único afirma-se que promove melhor a unidade do grupo, a sua solidez e a união indispensável para que as suas reivindicações, maciçamente manifestadas, tenham condições de influir.

A crítica maior à pluralidade sindical é a divisão do interesse coletivo com a existência de mais de um sindicato na mesma base territorial para a representação do grupo, adelgaçando-se o poder de reivindicação. Surge também uma dificuldade técnica por ocasião das reivindicações gerais do grupo, e que exigem atuação comum: a determinação do sindicato mais representativo e que negociará em nome de todo o grupo. Problemas consistentes na seletividade dos critérios para a escolha podem provocar cisões no grupo em detrimento dos interesses comuns.

Partidários do pluralismo sindical, escreve Verdier[1], sustentam que o sistema causa paralisia das instituições das quais os sindicatos são chamados a participar, traz a competição entre os próprios sindicatos, críticas que no entanto não endossa, preferindo compreendê-las como uma forma na qual a diversificação de organismos conduz a resultados importantes para o sindicalismo da França. Reconhece, no entanto, que a atuação sindical na empresa, com a divisão natural do sindicalismo, pode facilitar favorecimentos do empregador a certos sindicatos.

A Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção n. 87, ratificada por mais de 100 países, por meio da qual permite a livre escolha, pelos próprios interessados, do sistema que julgarem melhor para a realização dos seus interesses, o que enseja a pluralidade sindical, permitida na França, na Itália, na Espanha e em muitos outros países.

No Brasil, em 1934, foi tentada experiência de pluralismo sindical; na prática não trouxe resultados, criaram-se sindicatos chamados "de carimbo" e de existência apenas formal, sem correspondência com a vida real.

O legislador limitava o número de sindicatos para cada grupo em três em cada localidade, razão pela qual há doutrinadores que afirmam que não tivemos na época uma verdadeira pluralidade e que esta só existiu antes, em 1907, quando a lei exigia apenas sete pessoas para fundar um sindicato, o simples registro em cartório com o nome dos sócios e cópia dos estatutos. O pluralismo foi apoiado pelo pensamento católico, porém contestado por juristas.

---

1. Syndicats, in *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1966, p. 358.

A Constituição de 1937 adotou o princípio do sindicato único, mantido daí por diante.

O tema foi exaustivamente estudado por Evaristo de Moraes Filho em *O problema do sindicato único no Brasil* (1978), no qual o autor defende a profissão como vínculo social básico e o sindicato único como coerente forma de representação.

Favorável também ao sindicato único foi Oliveira Viana, sustentando que a coexistência de vários sindicatos da mesma classe ou profissão é fonte permanente de lutas, dissídios e mal-entendidos. Valoriza o tema, afirmando que "o problema da unidade ou da pluralidade sindical não é um simples problema de direito sindical ou de economia interna dos sindicatos; interessa, como se vê, à própria estrutura do Estado"[2]. Mostra as alternativas que encontrou para a solução do problema (foi consultor do Ministério do Trabalho):

"a) ou adotamos a pluralidade sindical, mantendo o princípio do sindicato associação de direito privado, dotado de faculdades e poderes meramente estatutários e, consequentemente, agindo exclusivamente como representante legal do *seu* corpo de associados, isto é, de uma fração da categoria e não da categoria *toda*; e, neste caso, os interesses da categoria, *considerada como uma totalidade*, ficariam sem representação específica, o que importaria dificultar ou mesmo impossibilitar a obra tutelar do Estado, desde que ao Estado só seria lícito agir para proteger os interesses gerais da categoria toda e não os interesses desta ou daquela associação profissional, isto é, desta ou daquela *fração privatizada* da categoria;

b) ou então adotamos a pluralidade sindical, mas atribuindo aos sindicatos as prerrogativas constitucionais de associação de direito público, investida, portanto, de todos os poderes conferidos pelos arts. 58, 137 e 138 da Constituição (1937), direito de representação legal, poder regulamentar, poder tributário etc.; mas neste caso teríamos criado uma impossibilidade prática, pois não seria possível a coexistência de sindicatos múltiplos, cada um deles representando a totalidade da mesma categoria, cada um deles estipulando, autonomamente, convenções coletivas obrigatórias para a categoria *toda*, cada um deles impondo, autonomamente, contribuições à categoria toda.

---

2. *Problemas de direito sindical*, São Paulo, Max Limonad, 1943, p. 12.

Deste dilema e desta contradição não há como fugir os que pretendem conciliar a pluralidade com a Constituição. Ou adotam a pluralidade sindical e, consequentemente, o sindicato de direito privado, mas têm que abandonar a Constituição; ou conservam a Constituição e, neste caso, têm que adotar o sindicato de direito público e, portanto, a unidade sindical".

Está bem claro o pensamento de Oliveira Viana quando afirma que "dentro de um regime de sindicatos múltiplos para cada categoria e organizados autonomamente, isto é, libertos do controle do Estado, não seria possível a este, evidentemente, dar às atividades econômicas da Nação uma determinada orientação ou realizar determinada política econômica nacional"[3].

Também Joaquim Pimenta[4] faz afirmações que evidenciam os motivos pelos quais o Brasil adotou a unicidade sindical: "O princípio de colaboração entre os sindicatos na solução de problemas ou dissídios oriundos das relações de trabalho entre empregadores e empregados iria culminar na colaboração de uns e de outros com o Estado, o qual se tornava, entre eles, uma espécie de poder moderador, ao mesmo tempo com iniciativa de os estimular, de os favorecer em tudo que contribuísse para coordená-los dentro de uma ação conjunta em prol do desenvolvimento econômico e social do país. Ora, sem o sindicato único representando a profissão, como seu órgão exclusivo, jamais seria possível uma cooperação eficiente entre ele e o governo. Desde que cada grupo se fragmentasse em numerosos sindicatos, quando muito, representariam estes os seus interesses, nunca, porém, os interesses integrais de toda a comunidade. Cada sindicato, por sua vez, teria uma orientação ideológica à margem, se não divergente do modo como entenderia o Estado a solução de tal ou qual problema, cuja natureza, de ordem trabalhista, não deixaria de refletir-se sobre outros intrinsecamente subordinados a conveniências de ordem pública".

Entre os pronunciamentos mais recentes dos juristas brasileiros, Orlando Gomes e Elson Gottschalk[5] entendem que "não se compreen-

3. *Problemas*, cit., p. 12.

4. *Sociologia jurídica do trabalho*, São Paulo, Max Limonad, 1944, p. 124.

5. *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, v. 2, p. 763.

deria muitos sindicatos representando uma só profissão, até porque a evolução histórica do fenômeno demonstra que toda vez que a formação profissional se faz representar por vários organismos, as lutas decorrentes dessa situação acabam por enfraquecer e fragmentar o sindicalismo. Ademais, surge o problema da representação para os efeitos da negociação coletiva. Sendo vários os grupos profissionais organizados dentro de uma única profissão, qual deles deve representá-la quando houver de celebrar a convenção coletiva?". Enumeram, a seguir, os sistemas adotados, que são o "sistema do sindicato mais representativo", o "sistema da eleição", o "sistema do sindicato livre na profissão corporativamente organizada" e o "sistema de intervenção do Poder Judiciário", para concluir que no sindicalismo único não aparecem problemas dessa natureza.

José Martins Catharino[6] declara-se a favor do "monismo ou unitarismo", alinhando inúmeros argumentos, dos quais escolhemos dois. Primeiro, "o pluralismo divide forças e, dessarte, enfraquece a capacidade sindical de pressionar e reivindicar, e o monismo, repartido territorialmente, melhor propicia a união dos mais próximos — foi a proximidade que fez nascer o sindicalismo, e, ao mesmo tempo, interioriza diversidades secundárias, sem provocar divisões separatistas e reciprocamente enfraquecedoras — atomização, os 'sindicatos de papel' e, até, a 'poeira sindical'". Segundo, "o monismo evita o problema da constituição das 'unidades apropriadas' para negociação sindical".

Segadas Vianna[7] manifesta-se pelo sindicato único, apoiando-se em Brèthe de la Gressaye, que aponta os inconvenientes da pluralidade, entre os quais a concorrência que provoca entre os sindicatos de diferentes tendências.

Mozart Victor Russomano[8] sustenta que "não são pequenos os riscos da pluralidade sindical. Mas, haverá outra maneira de salvar a liberdade dos homens, das classes e dos povos, sem enfrentar a ameaça de grandes males? A pluralidade sindical, efetivamente, garante melhor a liberdade dos sindicatos". Vê vantagens teóricas na plurali-

6. *Tratado elementar de direito sindical*, São Paulo, LTr, 1977, p. 107.

7. *Instituições de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, v. 2, p. 307.

8. *Direito sindical*; princípios gerais, Rio de Janeiro, Konfino, 1975, p. 87.

dade e dificuldades práticas na sua execução. Aponta como fórmula ideal a seguinte: "o sindicato único deve nascer da pluralidade sindical, ou seja, deve perdurar a unidade da categoria profissional ou econômica à margem da possibilidade, espontaneamente abandonada, de formação dos sindicatos dissidentes".

Não se afastam dessas as conclusões de João Regis F. Teixeira[9], uma vez que afirma que "já que a pluralidade é necessária, e a unidade imprescindível, a melhor solução (eis que nós latinos somente conseguimos vivenciar em comum, em função de legislação objetiva, especialmente no setor sindical) será a unidade, mas admitida a pluralidade. E ainda: em condições de que a qualquer momento possam as entidades concorrentes e similares colocar em xeque a representatividade real do sindicato reconhecido oficialmente".

Observe-se que as mesmas linhas fundamentais encontradas nessa tese estão mantidas na proposta de Carlos Chiarelli, relator do documento *Fundamentos básicos para uma nova política trabalhista* (1980), no qual estão contidas as conclusões da Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados sobre a reforma da CLT: "Se o modelo que se quer erigir na legislação a ser elaborada inspira-se em princípios democráticos, não se poderá fugir da garantia da *pluralidade sindical*. Matéria controversa, muitos são os defensores da unidade, até porque, consagrando o monopólio, gera uma exclusividade de representação classista que assegura certa acomodação das lideranças antigas, que, muitas vezes, na pluralidade, correm o perigo da concorrência renovadora. Claro que se erguem também contra a pluralidade a crítica do 'dividir para governar', alegando-se que, fracionados em vários segmentos representativos, os trabalhadores, mais fácil será ao poder econômico enfrentá-los. A afirmativa poderá ter certa dose de razão mas não é necessariamente correta. Os países em que há maior vigor reivindicatório e mais expressiva capacidade de mobilização sindical são aqueles que ostentam a pluralidade entre as prerrogativas constitutivas da liberdade sindical em si. Veja-se que não existe a proposição da obrigatoriedade da pluralidade. Esta vale como prerrogativa, como direito. Se os trabalhadores, apesar de terem a faculdade,

9. *Introdução ao direito sindical*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 150.

preferirem agrupar-se em representações unitárias, estaremos diante do ideal: a unidade na pluralidade".

Mais democrático é o sistema da *unidade sindical*, que significa a união dos trabalhadores não como decorrência da imposição da lei, mas como resultado da sua livre opção, como na República Federal da Alemanha e em outros países. É possível também a *pluralidade orgânica* e a *unidade de ação*, esta última, sem nenhuma dúvida, necessária quando há movimentos gerais[10].

A Constituição Federal de 1988 conservou a unicidade ou monismo sindical, impondo o princípio do sindicato único, no que não acompanhou a evolução do sindicalismo dos países democráticos.

2. Sindicalismo de direito público e de direito privado

Nos sistemas jurídicos nos quais o sindicato é definido como pessoa jurídica de direito público, como no Leste Europeu, não há liberdade sindical, no sentido de autonomia do sindicato perante o Estado. O sindicato é um órgão do Estado, do qual depende diretamente. Outro exemplo é o do sindicalismo corporativista italiano, hoje inexistente.

Quando os sindicatos são pessoas jurídicas de direito privado, como na França, nos Estados Unidos, na Itália contemporânea, a sua posição perante o Estado é de autonomia, e a sua disciplina jurídica resulta do seu poder normativo ou de normas que os situam como associação nos moldes do direito comum, com algumas peculiaridades para que possam cumprir as suas funções de defesa do interesse de grupos.

O sindicato, hoje, no Brasil é pessoa jurídica de direito privado que exerce a função de defender os interesses coletivos dos membros da categoria que representa, bem como dos interesses individuais dos membros da respectiva categoria, não mais desempenhando, como antes de 1988, funções delegadas pelo Poder Público.

---

10. Amauri Mascaro Nascimento, *Direito sindical*, Saraiva, 1989.

É criado pelos próprios interessados por meio de registro no órgão competente. Assim, o princípio seguido é o da *autonomia organizativa sindical*, assegurado em nível constitucional, não limitável nem mesmo por lei ordinária.

A administração do sindicato não pode mais sofrer intervenção ou interferência do Poder Público, por força da modificação constitucional de 1988, passando-se a observar o princípio da *autonomia administrativa*, em razão do qual foi afastada a possibilidade da tutela dos sindicatos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com o que, nas relações com o Estado, a organização sindical tem uma liberdade que, durante a maior parte da sua história, não conheceu. Porém, a mesma democratização não se observa na relação dos sindicatos entre si, com a manutenção, pela maioria deles desejada, da unicidade sindical, aparentemente contraditória com a autonomia organizativa.

3. Base sociológica do grupo

O sindicato é o órgão de representação de um grupo social constituído de trabalhadores. As entidades sindicais patronais representam um grupo econômico. A árvore sindical bifurca-se em dois ramos, o integrado pelos trabalhadores e o constituído de empregadores.

Qual é a base sociológica sobre a qual o sindicato se ajusta?

A doutrina não é unânime.

Uma corrente, que pode ser exemplificada com o pensamento de Evaristo de Moraes Filho[11], sustenta que é a *profissão*, que não é criada pelo Estado, mas encontrada na vida social e que une os indivíduos por meio de um vínculo de solidariedade que justifica a organização sindical em bases profissionais. "Sobre todos os pontos de vista — diz Evaristo — deve o sindicato envolver a profissão, organizando-a. Os limites de um confundem-se com os limites da outra. Econômica, social, moral, intelectual ou juridicamente, representa o sindicato a estrutura íntima da profissão, da qual deve ele ser a superestrutura formalista"[12].

---

11. *O problema do sindicato único no Brasil*, São Paulo, Alfa-Ômega, 1978.
12. *O problema*, cit., p. 69.

Sindicatos por profissão são as organizações que reúnem todos os que militam em determinada atividade profissional, independentemente da empresa em que trabalhem. Assim, todos os motoristas se reúnem num sindicato, os engenheiros no seu sindicato etc.

No Brasil há sindicatos por profissão, que são conhecidos como sindicatos de categorias diferenciadas, representando pessoas que exercem a mesma profissão independentemente do setor de atividade em que o façam.

Um segundo critério é o do *sindicato por empresa*, caso em que o sindicato representa todos os que trabalham numa empresa, independentemente da profissão que nela exerçam.

Nos Estados Unidos da América e em muitos países há sindicatos por empresas. No Brasil, não. A organização sindical é constituída de sindicatos por categoria profissional, geral ou diferenciada, ou por categoria econômica ou patronal, sendo o Município a base mínima da representação que os sindicatos exercerão. No Chile, os sindicatos são por empresas; se pequenas, os empregados agrupam-se em um sindicato interempresarial. Pode haver, também, sindicato por estabelecimento[13].

Um terceiro critério estabelece como base sociológica do sindicato a *categoria profissional e econômica*, sendo a categoria o conjunto de pessoas de qualquer profissão e de qualquer empresa que exercem o seu trabalho num setor da economia, determinado pela atividade preponderante da empresa em questão. Assim, exemplificando, todos os empregados das empresas hoteleiras, independentemente da sua profissão, reúnem-se numa categoria, que é representada por um sindicato. Não se trata nem de sindicato por empresa, nem de sindicato por profissão. Ultrapassa o limite de uma empresa. Esta apenas serve de indicativo da atividade preponderante para que aqueles que nela se encontram se vinculem para fins sindicais.

Categoria profissional é "a série não limitada de indivíduos que, por força da sua posição no quadro da atividade produtiva e do território em que se opera, têm comuns a denominação de interesses de

13. *Código del Trabajo*, com anotações de Ramón Rivas Guzmán, Francisco Walker E. e Carlos Koch Salazar, Santiago, s.d., Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social.

categoria" (Jaeger). É "o agrupamento de todos aqueles que têm de modo estável e contínuo uma mesma função em um ciclo de produção dado" (Sforza). É "uma coletividade de indivíduos que realizam uma determinada função igual no processo de produção e que se reúnem em vista da tutela dos interesses comuns derivados de tal função" (Olivetti). Para Cabanellas, "todo indivíduo enquadrado numa produção, seja patrão ou empregado, tem o que se convencionou chamar o seu estatuto pessoal; isto é, o direito de ser membro de uma categoria determinada. Este estatuto lhe é correspondente pelo simples fato da sua própria atividade profissional e não lhe cabe negá-lo. O mesmo concede-lhe certos direitos e impõe-lhe determinados deveres. Entre os primeiros figura estar sujeito às normas coletivas ditadas em benefício da categoria profissional a que pertença. Entre os segundos, o de aceitar as cláusulas estipuladas nos pactos coletivos de condições de trabalho e submeter-se em um todo à regulamentação profissional imposta pela unidade produtora ou pelo Estado. A categoria profissional constitui aspecto isolado do fato profissional". Assim, categoria profissional é um ordenamento natural baseado na natureza das atividades produtivas existentes num Estado, tendo como efeito a fixação de empresas e empregados no âmbito respectivo, para os devidos efeitos normativos.

É relevante a distinção entre membro de categoria profissional e associado do Sindicato. Um trabalhador é membro da categoria profissional porque exerce determinada profissão. Esse enquadramento é automático, natural, espontâneo, independe de ato seu. Os membros de uma categoria profissional poderão ser ou não associados do sindicato. Depende do ato seu, volitivo, a filiação ao sindicato.

A organização sindical por categorias econômicas e profissionais prefixadas, como um *a priori*, pelo Estado é corporativista e recebe a crítica de autores como Giovanni Tarello[14], porque inibe a espontânea criação de sindicatos.

A associação em bases profissionais é a tradicional, dispondo-se horizontalmente e permitindo homogeneidade de interesses coletivos

14. *Teorie e ideologie nel diritto sindicale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972, p. 105.

em face da identidade ou semelhança de atividade profissional. O sindicato por categoria permite um agrupamento forte e com possibilidades maiores de reivindicação. O sindicato por empresa é uma forma descentralizada que atende às peculiaridades que caracterizam as relações de trabalho mantidas com cada empregador, suas possibilidades econômicas e sua produtividade para fins de aumentos salariais. Como as empresas modernas são conglomerados de milhares de trabalhadores, o sindicato por empresas permite o melhor equacionamento dos problemas internos que nelas ocorrem, a solução das disputas na fonte em que surgem e mais rápida decisão das questões de rotina.

No Brasil, o sindicalismo é por categorias econômicas e profissionais como regra, admitidos sindicatos profissionais, como exceção. Não são previstos pela lei sindicatos por empresas. Os sindicatos constituíram-se, até 1988, por categorias econômicas ou profissionais específicas, na conformidade da discriminação do quadro de atividades e profissões ou segundo suas subdivisões, mediante proposta da Comissão de Enquadramento Sindical e decisão do Ministro do Trabalho e Emprego. Com a liberdade de fundação de sindicatos independentemente de autorização do Estado e o direito de indicação, pelos trabalhadores e empregadores, das respectivas bases territoriais, o enquadramento sindical, elaborado pelo Estado, foi mantido, mas passou a sofrer as modificações decorrentes da dinâmica da livre constituição das organizações, só não sendo alterado mais profundamente em consequência da manutenção do princípio do sindicato único. Não obstante, a longo prazo, poderá sofrer modificações.

4. Outros critérios de organização

Há diversos outros critérios com base nos quais a organização sindical é constituída.

A *base territorial* serve de indicador para dividir a "jurisdição" dos sindicatos, entendida como tal a esfera geográfica em que exercerá a sua representação. Há sindicatos municipais, estaduais, intermunicipais e mesmo nacionais, dependendo dos limites estabelecidos por eles nos respectivos estatutos, nos quais fica delimitado o seu raio de ação.

Há *associações sindicais de grau superior*, uma vez que a organização sindical assemelha-se à organização federativa. Nesta, como sabemos, há Municípios, Estados e União; naquela, há sindicatos, federações e confederações, as duas últimas denominadas associações sindicais de grau superior, de empregados e de empregadores, na simetria em que é disposta a organização sindical. Federações são organizações sindicais constituídas por sindicatos, e confederações são criadas por federações, formando-se assim uma pirâmide sindical de vários níveis de representação.

Na cúpula da organização sindical há entidades denominadas *centrais* ou *uniões*, que têm a finalidade de articulação de todo o sistema, especialmente em nível político e supracategorial. Há países em que existia apenas uma central sindical, como a AFL-CIO dos Estados Unidos da América até 2005, quando foi criada outra central, a *Change To Win*; em outros, mais de uma, como no Brasil, com a CGT — Central Geral dos Trabalhadores, a CUT — Central Única dos Trabalhadores, a Força Sindical — FS e outras.

Na fase corporativa os sindicatos participavam diretamente do processo de elaboração da lei, o que hoje não mais ocorre em nosso país.

Algumas tentativas foram feitas no sentido de integrar, na organização constitucional e, portanto, no processo legislativo, a representação dos interesses.

Na França, uma dessas experiências consistiu em reservar, na Câmara, lugares ocupados por representantes dos trabalhadores e empresários.

Talvez a primeira iniciativa nesse sentido "seja a encontrada no Ato Constitucional à Constituição do Império, promulgado por Napoleão, durante os 100 dias, e redigido por Constant, onde era prevista uma representação da indústria e da *propriété manufacturière et commerciale*"[15].

Desde o início do século XIX, os pensadores franceses, sensibilizados diante das condições de trabalho após a Revolução de 1789,

15. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, São Paulo, Saraiva, 1968, p. 82.

pronunciaram-se não só a favor da restauração das corporações de ofício mas também da reorganização do Estado.

Foi na França — observa Cunha Gonçalves —, pátria do individualismo, que apareceram as primeiras doutrinas sobre o Estado corporativo[16].

A organização corporativa, para Saint-Simon, era uma necessidade, a fim de "afastar do poder os zangões (os políticos) e atrair as abelhas, isto é, as classes produtoras, daí a sua proposta de constituição do Parlamento tricameral: a Câmara da Invenção, constituída por engenheiros, agricultores, industriais, comerciantes, literatos e artistas; a Câmara do Exame; e a Câmara da Execução, espécie de Vasto Ministério"[17].

Uma experiência que, segundo Pinto Ferreira, influiu na Constituição brasileira de 1946 foi a organização de Conselhos Econômicos, previstos na Constituição de Weimar (1919).

As funções previstas para esse órgão, em síntese, consistem na regulamentação da vida econômica: "os projetos de lei sobre política social e econômica de importância fundamental deverão ser apresentados para a sua aprovação ao Conselho Econômico do Estado antes de serem enviados ao *Reichstag*. O Conselho Econômico do Estado tem o direito de iniciar tais leis. Se a opinião do Conselho não estiver de acordo com o projeto, poderá o governo, não obstante, remetê-lo ao *Reichstag*, mas deverá acompanhar o projeto elaborado pelo Conselho, que poderá, também, defendê-lo perante o *Reichstag* por um dos seus membros. Os Conselhos de Trabalho e Econômicos podem, na esfera da sua competência, ser investidos de poderes de controle e administração" (Constituição de Weimar, art. 165).

Friedrich sustenta que o Conselho Econômico retardou o processo legislativo, o que foi um entrave, em face da pressão dos seus membros sobre o Parlamento para a imposição dos seus pontos de vista.

A experiência italiana foi mais ampla, com um bicameralismo: uma Assembleia política de estrutura corporativa, formando a segunda Câmara do Parlamento, ao lado de uma Câmara eleita segundo o sufrágio geográfico, tendendo, inclusive, a substituí-la[18].

---

16. Cunha Gonçalves, *Princípios de direito corporativo*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Econômicas e Financeiras, 1935, p. 83.

17. Sismondi, in Cunha Gonçalves, *Princípios*, cit., p. 84.

18. Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad., 1. ed. castelhana, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.

Fiel ao seu princípio "tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado", o fascismo faz da corporação um órgão da administração do Estado com funções legislativas, e em 1938 a Câmara dos Deputados italiana foi substituída pela Câmara Corporativa (*Camera dei Fasci e delle Corporazioni*). Desde 1928, todavia, a indicação dos candidatos aos lugares da Câmara dos Deputados era reservada aos sindicatos e outras organizações profissionais e públicas[19].

A então participação das categorias no processo legislativo iugoslavo, considerada por Dalmo Dallari uma forma institucional de representação, difere de outros modelos.

Representação institucional, para Dallari, é uma tentativa de substituir a representação política por outra forma em maior consonância com as necessidades de uma estrutura política, na qual, verdadeiramente, seja ouvida a vontade popular.

O anterior sistema iugoslavo fundou-se em organizações que representam o povo, consideradas as relações de produção e de trabalho. Havia a Assembleia Comunal, compreendendo o Conselho Comunal e o Conselho das Comunidades de Trabalho; os membros do primeiro órgão são eleitos pelos cidadãos e os do segundo órgão, pelos trabalhadores. Num segundo nível, estão os distritos, dotados de uma Assembleia, cujos membros são eleitos pelos componentes das Assembleias Comunais, na mesma ordem, as Assembleias da República. Finalmente, num terceiro nível, a Assembleia Federal, "composta do Conselho Federal, que é o Conselho dos Delegados dos Cidadãos das Comunas e das Repúblicas, e mais, do Conselho Econômico, do Conselho de Educação e Cultura, do Conselho de Assuntos Sociais e Saúde e do Conselho Político-Organizacional".

Com esse sistema, a Iugoslávia substituiu a representação política baseada no sistema de partidos, o que levou Dalmo Dallari a dizer que "tem falhado em seus objetivos, além de se constituírem, quase sem exceção, em instrumentos de grupos. Entre as ideias novas que será preciso aceitar, para que se chegue ao Estado democrático autêntico e eficaz, talvez esteja a da superação dos partidos, vislumbrando-

19. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo*, cit., p. 85.

-se já a representação institucional como a mais apta a corresponder às novas exigências da realidade"[20].

Há sindicatos *verticais* e *horizontais*.

Entende-se por sindicato vertical a modalidade de grupamento de sindicatos que atende a um ramo ou setor da produção, sem discriminações quanto aos diferentes profissionais nele existentes ou ofício que exercem. Coexistem às vezes formas verticais com horizontais, especialmente onde há liberdade de organização. Esse sistema permite uma organização sindical tomando-se por base direta a empresa, tutelando-se todos os trabalhadores que nela exerçam a sua atividade, independentemente da qualificação profissional.

Horizontais são os sindicatos organizados com base numa profissão ou ofício, sem discriminações quanto aos ramos de atividade a que pertençam. Assim, numa empresa os trabalhadores pertenceriam a vários sindicatos, tantos quantos fossem os tipos de profissões nela encontrados. Ex.: sindicato dos desenhistas, dos ferramenteiros, dos motoristas, das telefonistas etc. Esse critério é encontrado com maior frequência na França e, segundo Abellán, "desconexionam de toda a consideração econômica do conjunto laboral sobre o qual atuam".

Há sindicatos *abertos* e *fechados*.

Abertos são os sindicatos nos quais nenhum obstáculo é oposto para a admissão dos trabalhadores. Seus antecedentes estão nas corporações abertas propostas por Lassalle e nas *Trade Unions*, da Inglaterra. Sindicatos fechados são aqueles que restringem e limitam o ingresso dos trabalhadores, impondo barreiras aos trabalhadores não especializados e pressupondo a constituição de um grupo privilegiado.

Existem sindicatos *puros* e *mistos*.

Sindicato misto é aquele constituído de trabalhadores e empregadores. Foi proposto pelo catolicismo social e encontrado no direito francês, na época da legislação de 1884. O sindicato é puro quando o integram apenas trabalhadores ou empregadores.

Também há sindicatos *simples* e *complexos*.

---

20. *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1972, p. 159-60.

Entidades sindicais simples ou primárias são as integradas por trabalhadores individualmente considerados. Complexos são os sindicatos nascidos da união de sindicatos primários. Constituem, portanto, uma união de sindicatos.

Fala-se em sindicatos *de direito* e *de fato*.

São de direito os sindicatos que existem em consonância com as exigências da legislação do respectivo Estado, preenchidas as condições de funcionamento e, se for o caso, a inscrição ou reconhecimento. São sindicatos de fato os que não passam de mero grupamento de trabalhadores sem forma ou figura legal. Na realidade, não são juridicamente sindicatos, embora o sejam sociologicamente.

Há sindicatos *amarelos*.

Expressão utilizada na França e nos Estados Unidos, são os sindicatos *espúrios*, criados ou financiados pelos empresários, para fazer frente aos verdadeiros sindicatos e rivalizarem-se com eles na ação sindical. Nos Estados Unidos também é usada a expressão *sindicatos brancos*.

§ 91. Sindicalismo internacional

Sumário: 1. A Organização Internacional do Trabalho (OIT). 2. Outras entidades.

1. A Organização Internacional do Trabalho (OIT)

O principal valor defendido pela OIT nas atividades que desenvolve tendo em vista o movimento sindical dos países é a *liberdade sindical*, condição que considera essencial para a defesa dos direitos dos trabalhadores.

O princípio da liberdade sindical foi afirmado em 1919 nos textos do Tratado de Versailles como "direito de associação tendo em vista todos os objetivos não contrários às leis, tanto para os assalariados como para os empresários".

Em 1921 foi aprovada a Convenção n. 11 sobre direito de associação na agricultura. Em 1927 foi discutido um projeto de regulamentação internacional da liberdade sindical, sem êxito. Após a II Guerra Mundial, a Declaração de Filadélfia (1944) afirma que "a liberdade de expressão e de associação são essenciais para o progresso constante", exaltando, também, o direito de negociações coletivas.

O documento mais importante é a Convenção n. 87, de 1948, que é considerada o primeiro tratado internacional que consagra, com o princípio da liberdade sindical, uma das liberdades fundamentais do homem.

Proclama a autonomia sindical, dispondo que "os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm

o direito de constituir as organizações que julgarem convenientes, assim como o de se filiar a essas organizações, com a única condição de observar os estatutos das mesmas". Prevê também o direito dos sindicatos de elaborar seus próprios estatutos e regulamentos administrativos, a eleição livre dos seus representantes e a auto-organização da gestão, das atividades e do programa de ação. A OIT, como explica Nicolas Valticos[1], considera difícil delimitar uma linha divisória entre as atividades sindicais e políticas, e deixa os Estados à vontade para disciplinar a questão, ponderando Valticos que a proibição do desempenho de funções políticas pode "provocar dificuldades devido ao fato de que a interpretação que se dê a elas na prática é suscetível de restringir as possibilidades de ação das organizações", tudo dependendo do grau de liberdades públicas que informa a ordem jurídica de cada país.

A Convenção n. 98 da OIT tem por finalidade fomentar o desenvolvimento entre empregados e empregadores de sistemas de negociações coletivas para a composição dos conflitos coletivos de trabalho.

A defesa das negociações coletivas é feita com base em quatro principais argumentos[2]: a) a grande flexibilidade de que é dotado o sistema, maior que a dos procedimentos legislativos, judiciais ou administrativos, adaptando-se à ampla gama de situações políticas e econômicas e ajustando-se aos requisitos peculiares tanto às empresas privadas como públicas, de uma só indústria ou de um ramo de atividades, de trabalhadores qualificados como de empregados da mais alta categoria; b) a realização dos princípios da equidade e da justiça social, combinando-se as forças de modo que o trabalhador passa a se aproximar da posição inicial em que se acha o empregador, e que é de superioridade; c) a possibilidade de participação dos trabalhadores na adoção das soluções do seu interesse, transformando o que antes era unilateral em um processo bilateral de decisões, segundo a ideia de que os trabalhadores devem ter a possibilidade e o direito de intervir quando são fixadas as condições de trabalho que vão prestar, diminuindo-se, assim, a esfera de poder do empregador, permitindo ainda que

1. *Derecho internacional del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 246.

2. *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, Genève, OIT, 1973.

as partes se compenetrem dos problemas recíprocos com a troca de informações; d) a prevalência da solução consensual e que traz maior estabilidade nas relações entre os grupos, já que o consentimento é melhor que a imposição.

A Convenção n. 135 da OIT propõe proteção especial aos representantes de trabalhadores na empresa contra atos discriminatórios por sua participação em atividades sindicais.

A Convenção n. 141 consagra o direito de sindicalização dos trabalhadores rurais.

Há Convenções da Organização Internacional do Trabalho que são *regulamentares*, assim consideradas as autoaplicáveis; outras são de *princípios*, necessitando de normas complementares para a sua efetivação; e outras, ainda, são meramente *promocionais*, fixando objetivos a serem alcançados num determinado prazo. As Convenções sobre direito sindical são enquadradas no primeiro grupo, uma vez que se referem a direitos humanos, como são considerados os direitos sindicais.

Os temas a que se referem as normas da Organização Internacional do Trabalho serão agora relatados, com o que será fácil concluir que se revestem da maior importância.

O primeiro princípio é o do *direito de organização* de entidades sindicais, significando o direito de sindicalização no sentido institucional, norma básica defendida com muito empenho, desdobrando-se em diversos aspectos.

Esse direito é assegurado a todos os trabalhadores e empregadores (Convenção n. 87), sem nenhuma distinção, compreendendo não apenas o direito de *criar* uma organização mas também o de a ela se *filiar* ou dela se *desfiliar*. É o princípio da liberdade sindical, no sentido coletivo e, também, individual, em todos os níveis e setores, sem discriminações em razão de sexo, cor, raça, credo, nacionalidade, opinião política etc.

A mesma faculdade é conferida aos trabalhadores do setor público (Convenção n. 151), considerada discriminação antissindical toda medida que tenha por fim sujeitar o servidor público à condição de se filiar ou não a uma entidade sindical, ou a sua dispensa pelo mesmo motivo.

Corolário do princípio é a incompatibilidade da unicidade sindical com a Convenção n. 87, assim considerada a proibição, por lei, da existência de mais de um sindicato representativo da mesma categoria na mesma base territorial. É aqui que se situa a polêmica questão que divide o movimento sindical: de um lado, a tese da pluralidade sindical, de outro, a da unicidade sindical. Há uma diferença doutrinária entre pluralidade, unicidade e unidade. Pluralidade é o direito de fundação, na mesma base territorial, de tantos sindicatos quantos os grupos pretenderem. Unicidade, como ficou dito, é a vedação legal de mais de um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial. Unidade é a união espontânea dos grupos e sindicatos, não por força de lei, mas por opção própria, valendo-se da liberdade sindical.

Está clara a posição da Organização Internacional do Trabalho quando sustenta (Comitê de Liberdade Sindical, Informe n. 16) que, "apesar de que os trabalhadores podem ter interesse em evitar que se multipliquem as organizações sindicais, a unidade do movimento sindical não deve ser imposta, mediante intervenção do Estado, por via legislativa, pois essa intervenção é contrária ao princípio incorporado nos arts. 2 e 11 da Convenção n. 87". No mesmo sentido é a afirmação segundo a qual (Comitê de Liberdade Sindical, n. 18), "se é evidente que a Convenção não quis fazer da pluralidade sindical uma obrigação, pelo menos exige que isto seja possível em todos os casos".

Süssekind é bastante claro ao dizer que é óbvio que a Convenção não impõe a pluralidade sindical, mesmo porque o ideal, afirmado por estudiosos e sindicalistas, é a unidade sindical. O que a Convenção exige é que o sistema legal dos países que a ratificaram faculte aos empregadores e trabalhadores, se o desejarem, a constituição de outro ou outros sindicatos da mesma categoria, empresa ou profissão ou ofício na mesma base territorial do já existente.

Como se vê, as ideias fundamentais são dirigidas para a liberdade sindical, não prescindindo da autonomia financeira, daí o entendimento segundo o qual (Comitê de Liberdade Sindical, Informe n. 20) a faculdade de impor, obrigatoriamente, a todos os trabalhadores da categoria profissional interessada o pagamento de contribuição a um único sindicato "não é compatível com o princípio de que os trabalhadores devem ter o direito de filiar-se às organizações que

estimarem convenientes. Em tais circunstâncias, a obrigação legal de pagar cotizações ao monopólio sindical, estejam ou não os trabalhadores filiados a ele, representa uma nova consagração e consolidação do dito monopólio".

Em consonância com o princípio da liberdade sindical está o direito dos interessados de constituírem organizações sem autorização prévia do Estado (Convenção n. 87), que também fundamenta as ideias acima expostas e as diretrizes estabelecidas pela Organização Internacional do Trabalho sobre estrutura sindical. Envolve problemas de aquisição de personalidade jurídica sindical, que não deve subordinar-se a ato concessivo do Estado.

O segundo princípio defendido pela Organização Internacional do Trabalho é o da *liberdade de administração* dos sindicatos, e que tem mais de uma dimensão, a saber, a elaboração dos estatutos, a livre escolha dos representantes, a liberdade de definição do programa de ação, o direito de não dissolução das entidades ou suspensão delas pela via administrativa do Estado, e o direito de proteção eficaz dos representantes.

Os sindicatos devem ter plena liberdade para a administração dos seus interesses, sem interferência ou intervenção do Estado, faculdade que tem diversos reflexos mas que não exclui a atuação judicial.

Observe-se, no entanto, que não seria plena a liberdade de gestão das suas atividades se o sindicato não pudesse determinar o seu programa de ação, direito esse que afasta a possibilidade de fixação das funções das entidades sindicais pelo Estado.

A defesa dessa liberdade envolve também o funcionamento do sindicato, protegido contra dissolução promovida pelo Governo, pretendendo-se, com isso, evitar ações arbitrárias que possam ser desenvolvidas pela autoridade pública com o sentido de inibir a ação sindical.

E é exatamente essa mesma necessidade que leva a Organização Internacional do Trabalho a mostrar que os representantes dos trabalhadores devem ser cercados de eficaz proteção, para que possam desempenhar as suas atribuições com liberdade, garantidos contra atos discriminatórios e antissindicais contra eles dirigidos e que acabam atingindo, de algum modo, toda a categoria. Não entorpecer a escolha

dos dirigentes sindicais, e permitir-lhes a livre atuação no sentido do exercício da sua representação, é o que se contém nesses princípios.

O terceiro princípio é o da *negociação coletiva*. Tem amplitude que o estende a todos os ramos da atividade econômica e ao setor público (Convenções n. 98, 151 e 154); é consubstanciado na noção de autonomia privada coletiva, o que pressupõe a não intervenção estatal.

Com efeito (Comitê de Liberdade Sindical, Informe n. 581), "o direito de negociar livremente com os empregadores condições de trabalho constitui elemento essencial da liberdade sindical, e os sindicatos deveriam ter o direito, mediante negociações coletivas ou por outros meios lícitos, de tratar de melhorar as condições de vida e de trabalho daqueles a quem representam, enquanto as autoridades públicas devem abster-se de intervir de forma a que esse direito seja coarctado ou seu legítimo exercício impedido".

De outro lado (Comitê de Liberdade Sindical, Informe n. 582), "as federações e confederações deveriam poder concluir convênios coletivos".

Acrescente-se que "o reconhecimento pelo empregador dos principais sindicatos representados em sua empresa, ou do mais representativo deles, constitui a base mesma de todo procedimento de negociação coletiva das condições de emprego em nível de estabelecimento". Note-se ainda que "uma legislação que faculta ao Ministério do Trabalho fixar normas relativas a salários, jornada de trabalho, descanso e férias e condições de trabalho, devendo limitar-se os convênios coletivos a recolher essas normas, e que exclui da esfera da negociação aspectos tão importantes das condições de trabalho, não está em conformidade com o art. 4º da Convenção n. 98" (*La libertad sindical*, Genève, OIT).

Quanto à greve, embora não haja uma convenção específica, a Organização Internacional do Trabalho, por meio do já mencionado Comitê de Liberdade Sindical, tem resoluções segundo as quais a greve política não se enquadra no âmbito dos princípios da liberdade sindical, cabem restrições à greve em função dos serviços públicos e atividades essenciais, e não é ilegítima a proibição legal de piquetes que se voltam para a perturbação da ordem pública e a ameaça aos trabalhadores que continuam em atividade. A Recomendação n. 92, sobre conciliação e arbitragem, declara que, "se um conflito for sub-

metido a um procedimento de conciliação com o consentimento das partes interessadas, deveriam ser as mesmas estimuladas para que se abstenham de recorrer a greves e locautes enquanto durar tal procedimento", diretriz que pode ser interpretada como um reconhecimento implícito do direito de greve.

Há outras normas internacionais: a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), que assegura a toda pessoa o direito de fundar sindicatos e de se sindicalizar para a defesa dos seus interesses; o *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966), da Assembleia Geral das Nações Unidas e que entrou em vigor em 1976, contendo disposições sobre liberdade sindical; o *Convênio Europeu sobre Direitos Humanos* (1950), também consagrando a liberdade de associação; a *Carta Social Europeia*, que trata dos direitos sindicais; e a Declaração Sociolaboral do Mercosul.

2. Outras entidades

As primeiras manifestações são encontradas com as Internacionais, a primeira fundada por Karl Marx (1864), a segunda socialista (1889) e a terceira leninista (1914).

O movimento sindical internacionalizou-se com a criação de organismos, entre os quais a *Federação Sindical Mundial* (FSM), constituída pelo Congresso de Paris (1945), propondo-se a manter a coesão dos trabalhadores; a *Confederação Internacional dos Sindicatos Livres* (CISL), criada em Bruxelas (1949), tendo por fim reagrupar as organizações sindicais dissidentes da FSM; a *Confederação Internacional dos Sindicatos Cristãos* (1919), que defende o pluralismo definido por três elementos: a) a inteira possibilidade dos trabalhadores de se agruparem segundo as suas necessidades, condições e afinidades; b) o máximo das facilidades para a constituição e funcionamento de sindicatos; c) a outorga de poderes de representação ao sindicato, a garantia de atividade de todo sindicato regularmente constituído e a independência no desenvolvimento das suas funções[3]. Em 2006 surgiu a CSI — Central Sindical Internacional.

3. Georges Lefranc, *Le sindicalisme dans le monde*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 127.

§ 92. A estrutura do sindicato

Sumário: 1. Definição de sindicato. 2. Natureza jurídica. 3. Órgãos do sindicato. 4. Participação nos órgãos do Estado. 5. Funções do sindicato. 6. Assembleias sindicais. 7. Sindicalização de funcionários públicos. 8. Formação de sindicatos. 9. Registro de sindicatos. 10. Centrais sindicais e outros órgãos de segundo grau. 11. Estabilidade do dirigente sindical.

1. Definição de sindicato

A palavra *síndico* é encontrada no direito romano para designar os mandatários encarregados de representar uma coletividade. No direito grego aparece a expressão *sundike*. Na França o vocábulo "síndico" (*syndic*) é utilizado como sinônimo de sujeito diretivo de grupos profissionais. Segundo Juan García Abellán[1], daí derivou-se a palavra *sindicato*, para se referir aos trabalhadores e associações clandestinas, por eles organizadas no período subsequente à Revolução Francesa de 1789, no qual foram proibidas as coalizões. Em 1810, a *Chambre Syndicale du Bâtiment de la Sainte-Chapelle*, entidade parisiense constituída de diversas corporações patronais, emprega a mesma expressão formalmente.

Para Quijano, sindicato é a defesa da causa de alguém em alguma coisa. Esse, ao que parece, foi o sentido da expressão na Grécia e em Roma.

1. *Introducción al derecho sindical*, Aguillar, 1961, p. 46.

O *Trade Unions Act* da Inglaterra, de 29 de junho de 1871, art. 23, dispõe que os sindicatos são associações temporais ou permanentes, surgidas para regular as relações entre trabalhadores e empresários e para impor condições que se referem ao exercício profissional.

Na Lei Waldeck-Rousseau, da França, de 1884, "os sindicatos profissionais têm por finalidade exclusivamente a defesa dos interesses econômicos, industriais e agrícolas e estão formados por pessoas que exercem a mesma profissão, ofícios similares ou profissões conexas".

Para o jurista francês Paul Durand, sindicato "é um agrupamento no qual várias pessoas que exercem uma atividade profissional convencionam pôr em comum, de uma maneira durável e mediante uma organização interior, suas atividades e uma parte dos seus recursos para assegurar a defesa e representação da sua profissão e melhorar suas condições de existência".

Segundo Botija, sindicato "é uma associação, de tendência institucional, que reúne as pessoas de um mesmo ofício para a defesa dos seus interesses profissionais".

Abellán o define como "o agrupamento institucional de produtores para o fim de ordenar as profissões, defendê-las e representá-las juridicamente, em regime de autogoverno e colaboração com o Estado no que respeita à sua ação econômica e político-social".

Autarquias corporativas têm função inconfundível com a dos sindicatos, não sendo equiparadas aos mesmos nem desempenhando as suas atribuições. Uma autarquia profissional tem, em sua organização interna, para cumprir as suas primordiais funções, uma comissão que fiscaliza, no setor, se há profissionais que no mesmo atuam sem a devida habilitação profissional que é conferida pela autarquia, o que faz nascer, em tese, um conflito entre a autarquia e o profissional. Outra comissão, normalmente integrante das referidas autarquias, é de preservação da ética profissional, para verificar se os profissionais da área infringiram o Código de Ética, para a respectiva punição, o que, também, gera, em abstrato, uma relação jurídica entre a entidade e o profissional.

Os Conselhos Regionais e Federais de fiscalização do exercício profissional, que são ordens profissionais, não são entidades integrantes da organização sindical. Possuem natureza jurídica de autarquias

corporativas, atualmente sem a supervisão do Ministério do Trabalho e Emprego, por força do Decreto n. 93.617, de 21 de novembro de 1986, que "exime de supervisão ministerial as entidades incumbidas da fiscalização do exercício das profissões liberais".

Há estudos nos quais é demonstrada a diferença e a coexistência entre sindicatos, de um lado, e ordens ou conselhos profissionais, de outro lado, de modo a não restar nenhuma dúvida sobre a independência entre esses entes, incluindo-se as lições de Juan García Abellán (*Introducción al derecho sindical*, Madrid, Aguillar, 1961); Lega (*La libera professione*, Milano, 1952); Cibrie (*La coexistence de l'ordre des médecins et de syndicats professionelles en droit social*, 1954); Verdier (Syndicats, in *Traité de droit du travail*); Minvielle (*Ordres et syndicats professionelles*, Paris, 1954); Cretella Júnior (*Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1979) e outros.

Verdier, na obra acima citada, com toda a sua autoridade, sustenta: "*Com efeito, existe entre ordem profissional e sindicato uma profunda diferença de natureza: de um lado a ordem é obrigatória, nela não podendo ser admitido alguém para exercer a profissão quando não está inscrito nos seus quadros, enquanto que o sindicato é facultativo; de outro lado e correlativamente, a ordem é única enquanto que o sindicato é plural mesmo se de fato ele é único em uma profissão*".

O fim principal do sindicato não é a disciplina da classe, mas a defesa da classe, a reivindicação de melhores condições de trabalho, a negociação coletiva e a condução do processo deflagrado com os conflitos coletivos.

Sindicato é uma organização social constituída para, segundo um princípio de autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre os grupos sociais.

2. Natureza jurídica

A definição da natureza jurídica do sindicato depende do sistema jurídico em que se encontra, havendo três posições fundamentais.

A primeira define o sindicato como ente de *direito privado*, disciplinado, como as demais associações, pelas regras pertinentes a

esse setor do direito. Subdivide-se com a posição de doutrinadores que sustentam a sua natureza privada, porém com o exercício de funções públicas.

A segunda inclui os sindicatos entre as pessoas jurídicas de *direito público*, órgãos pertencentes ao Estado, como no Leste Europeu e no corporativismo italiano e de outros países. O sindicato é mero apêndice do Estado.

A terceira vê no sindicato uma pessoa jurídica de *direito social*. Cesarino Júnior[2] entende que "sendo o sindicato uma autarquia, isto é, um ente jurídico que não se pode classificar exatamente nem entre as pessoas jurídicas de direito privado, nem entre as pessoas jurídicas de direito público, parece-nos muito mais lógico qualificá-lo como pessoa jurídica de direito social".

O sindicato brasileiro, segundo doutrina predominante, é de direito privado, sendo esse o entendimento, entre outros, de Russomano, Catharino, Waldemar Ferreira, Segadas Vianna, Délio Maranhão, Orlando Gomes, Elson Gottschalk etc.

Cotrim Neto considerou-o, no corporativismo, de direito público.

Cesarino, como vimos, ente de direito social.

No Brasil, durante o sistema constitucional de 1937 e mesmo depois, o sindicato apresentou características que, embora o conservando como pessoa jurídica de direito privado, o cercavam de fortes conotações publicísticas, como é possível concluir pelas suas atribuições legais nesse período, o exercício de funções delegadas de Poder Público. Após a Constituição de 1988, os vínculos jurídicos com o Estado foram efetivamente rompidos, com a autonomia de organização e de administração, realçando a natureza privada dos sindicatos e a sua função de defesa dos interesses coletivos e individuais dos seus representados.

3. Órgãos do sindicato

O sindicato tem como órgãos a *diretoria*, a *assembleia* e o *conselho fiscal*.

---

2. *Direito social brasileiro*, Saraiva, 1970, v. 1, p. 137.

Diretoria é o órgão colegiado, administrativo, constituída de um presidente e outros membros, cabendo-lhe a representação e a defesa dos interesses da entidade perante o Poder Público e as empresas. Podem ser instituídas delegacias sindicais em determinadas localidades.

A *assembleia* é a fonte de decisões, e será geral ou extraordinária, dela participando os associados do sindicato nas suas votações, para deliberações vitais, como a deflagração de greve, a autorização à diretoria para fazer negociações coletivas, a escolha de listas de representantes sindicais nos órgãos do Estado, as eleições sindicais de diretoria etc.

Cabem ao *conselho fiscal* a aprovação das contas da diretoria e os demais atos de controle da gestão financeira do sindicato.

4. Participação nos órgãos do Estado

O sindicato participa de alguns órgãos do Estado. A Constituição Federal de 1988 (art. 10) assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação, como os órgãos do Sistema de Seguridade Social, de gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o CODEFAT — Conselho Deliberativo do Fundo de Assistência ao Trabalhador, que distribui recursos para treinamento e seguro-desemprego.

5. Funções do sindicato

O sindicato cumpre funções que, embora variando da amplitude, coincidem em suas linhas básicas nos diferentes sistemas jurídicos.

Primeira, a *função negocial*, caracterizando-se pelo poder conferido aos sindicatos para ajustar convenções coletivas de trabalho, nas quais serão fixadas regras a serem aplicáveis nos contratos individuais de trabalho dos empregados pertencentes à esfera de representação do sindicato pactuante. Forma-se, assim, um direito do trabalho paralegal para complementar as normas fundamentais fixadas pelo Estado pelas leis e para cobrir as lacunas ou dispor de forma favorável ao trabalhador, acima das vantagens que o Estado fixa como mínimas. No Brasil, a Constituição Federal (art. 7º, XXVI) reconhece as con-

venções coletivas de trabalho, e a CLT (art. 611) as define e obriga a negociação (art. 616).

Segunda, a *função assistencial*, que é a atribuição conferida pela lei ou pelos estatutos ao sindicato para prestar serviços aos seus representados, contribuindo para o desenvolvimento integral do ser humano. Há quem sustente ser desvirtuamento das funções principais do sindicato o alargamento dessas atribuições. A CLT determina ao sindicato diversas atividades assistenciais, como educação (art. 514, parágrafo único, *b*), saúde (art. 592), colocação (art. 513, parágrafo único), lazer (art. 592), fundação de cooperativas (art. 514, parágrafo único, *a*) e serviços jurídicos (arts. 477, § 1º, 500, 513, 514, *b*, e Lei n. 5.584, de 1970, art. 18).

Terceira, a *função de arrecadação*, mediante a qual o sindicato impõe contribuições, a aprovada pela assembleia e a fixada por lei (CF, art. 8º, IV), mensalidades sindicais e descontos assistenciais, aquelas fixadas nos estatutos e estes em convenções coletivas ou sentenças normativas. Há opiniões favoráveis à supressão da contribuição sindical por ser vinculativa do sindicato ao Estado. No entanto, dela resulta a principal receita do sindicato.

Até a Constituição Federal de 1988, eram três os tipos de receita sindical.

Primeira, a contribuição sindical, antes denominada imposto sindical, instituída pela Constituição de 1937, que atribuiu aos sindicatos o exercício de funções delegadas do Poder Público, o que na época justificou a tese sustentando a sua natureza tributária. Foi regulamentada pelo Decreto-lei n. 1.402, de 1939, art. 3º, seguindo o Decreto-lei n. 2.377, de 1940, e, finalmente, a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, competindo ao Estado, por lei, disciplinar o seu valor, destinação e fiscalizar a sua arrecadação (CLT, arts. 578 a 610). A Medida Provisória n. 236, de 1990, que a extinguiu, não foi transformada em lei pelo Congresso Nacional, e a questão não foi definitivamente solucionada.

Segunda, a mensalidade dos sócios, devida pelo membro da categoria que ingressa como sócio do sindicato, cujas origens encontram-se nas primeiras leis sindicais do País, de 1903, para sindicatos rurais, e 1907, para sindicatos urbanos, e que tem como fonte formal o esta-

tuto de cada entidade sindical. A qualidade de sócio confere poderes que o simples membro da categoria, não associado do sindicato, não tem, como o direito de votar e ser votado em assembleias sindicais, ocupar cargos de direção sindical etc.

Terceira, o desconto ou taxa assistencial fixada mediante negociação coletiva da qual podem resultar convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho (CLT, art. 611) ou sentença normativa proferida pelos Tribunais do Trabalho em dissídios coletivos. Dispõe o Precedente n. 74 do Tribunal Superior do Trabalho: "Subordina-se o desconto assistencial sindical à não oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa, até 10 (dez) dias antes do primeiro pagamento reajustado". Trata-se de pagamento cuja finalidade, manifestada no próprio nome, é o desenvolvimento de atividades assistenciais dos sindicatos, como a construção de colônias de férias, a manutenção de serviços de atendimento médico, odontológico e outros aos associados. É, como se vê, facultativa para o empregado, e sua disciplina é variável de acordo com cada norma coletiva que a estipula. A sua fonte é, originariamente, convencional, portanto. Não é criada pela lei.

A Constituição Federal de 1988, art. 8º, IV, ao dispor sobre sindicatos, declara: "IV — a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei". Essa é a figura que tem recebido o nome de contribuição confederativa. Difere da mensalidade dos sócios porque recai sobre toda a categoria, enquanto a referida mensalidade é restrita aos filiados dos sindicatos. Destina-se ao custeio do sistema sindical, com o que é repartida entre sindicatos, federações e confederações sindicais. Distingue-se da contribuição sindical — imposto sindical —, cuja fonte é a lei, enquanto a contribuição confederativa tem como fonte a deliberação da assembleia sindical. Diferencia-se do desconto ou taxa assistencial, porque esta resulta de convenções ou sentenças normativas, o mesmo não ocorrendo com a contribuição fixada pela assembleia sindical, uma vez que aquela não provém de negociação nem de decisão judicial em dissídio coletivo. Destina-se à cobertura de serviços assistenciais prestados pelo sindicato. Não é repartida com federações e confederações. Portanto, trata-se de uma quarta e nova fonte de receita do sindicato.

Quarta, a *função de colaboração com o Estado* no estudo e solução dos problemas que se relacionem com a categoria (CLT, art. 513, *d*) e no desenvolvimento da solidariedade social (CLT, art. 514, *a*). Essa função se mantém e não é incompatível com a autonomia sindical assegurada pela Constituição de 1988 (art. 8º, I).

Quinta, a *função de representação*, perante as autoridades administrativas e judiciais, dos interesses coletivos da categoria ou individuais dos seus integrantes, o que leva à atuação do sindicato como parte nos processos judiciais em dissídios coletivos destinados a resolver os conflitos jurídicos ou de interesses, e nos dissídios individuais de pessoas que fazem parte da categoria, exercendo a substituição processual, caso em que agirá em nome próprio na defesa do direito alheio, ou a representação processual, caso em que agirá em nome do representado e na defesa do interesse deste.

Com o desemprego e a necessidade de treinamento para novas funções, o sindicato tem colaborado com os desempregados na procura de *novas colocações* e na sua *requalificação profissional* mediante cursos destinados a esse fim.

Em alguns países, o sindicato participa diretamente da elaboração das *diretrizes da política econômica e social*, em especial mediante a concertação social ou dos pactos sociais trilaterais, dos quais participam, também, o Governo e os empregadores.

6. Assembleias sindicais

As assembleias sindicais são, entre as manifestações do sindicato, a que maior importância tem, como fonte maior do poder de decisão do sindicato na representação da categoria.

Há necessidade de assembleias ordinárias e de outras para fins específicos, os mais variados, como para convenções coletivas de trabalho, declaração de greve, instauração de dissídio coletivo, escolha de lista de vogais etc.

Observe-se que não há uniformidade de critérios da lei quanto às pessoas com capacidade para votar nas assembleias sindicais.

A regra geral é a da capacidade de votar atribuída apenas aos associados do sindicato. Assim, não são os membros da categoria, mas somente os sócios do sindicato, entre aqueles, as pessoas que podem votar.

Entretanto, essa regra comporta exceções.

Nas assembleias para votar acordos coletivos, que são ajustes entre o sindicato e uma ou mais de uma empresa, os votantes serão os *interessados* (CLT, art. 612, *in fine*). Não esclarece a lei o que quer dizer com a palavra "interessado", mas como o acordo coletivo só interessa aos empregados da empresa com a qual será pactuado e não a todos os membros da categoria, é possível interpretar que interessados serão exatamente esses trabalhadores, associados ou não do sindicato. Somente para deliberar sobre convenções coletivas, que são acordos intersindicais que têm eficácia sobre toda a categoria, é que a CLT exige a qualidade de sócio do sindicato como condição de capacidade eleitoral para votar.

A capacidade de votar, como também de ser votado, é a grande diferença entre o sócio e o não sócio do sindicato, atribuída àquele e não deferida a este. A autonomia de administração não impede que, por disposição estatutária, o sindicato fixe parâmetros próprios sobre as votações para as suas deliberações. Assim também para as eleições sindicais.

Nas assembleias para autorizar a diretoria a propor dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, votarão os *associados interessados* (CLT, art. 859). A lei não esclarece o que quer dizer com essa expressão. Se usa três expressões diferentes para cada tipo de assembleia, *associados*, *interessados* e *associados interessados*, é claro que não terão o mesmo sentido. Assim, associado é o sócio do sindicato, interessado é o não sócio, mas que tem interesse jurídico no acordo coletivo a ser ajustado porque é empregado da empresa com a qual o acordo será feito, e associado interessado é, para assembleias que autorizam dissídios coletivos intercategoriais, isto é, entre sindicato de empregados e sindicato de empregadores, somente o sócio do sindicato e, para dissídios coletivos contra empresas, é o associado empregado da empresa contra a qual o dissídio coletivo será instaurado.

7. Sindicalização de funcionários públicos

A Consolidação das Leis do Trabalho proibia a sindicalização dos servidores do Estado e das instituições paraestatais, permitindo-

-a apenas para o pessoal de sociedades de economia mista e de fundações públicas.

A Constituição Federal de 1988 afastou a restrição, e dispõe que "é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical" (art. 37, VI), com o que, no setor público, muitas associações sem personalidade jurídica sindical transformaram-se em sindicatos, adquirindo as prerrogativas das organizações sindicais, entre as quais a representação de toda a categoria, incluindo sócios e não sócios, a cobrança da contribuição de assembleia e a sindical, a legitimação para a negociação coletiva, para a declaração da greve e para a atuação em juízo, na defesa dos interesses dos representados. Os militares, no entanto, não têm o direito de sindicalização e de greve (CF, art. 42, § 5º).

Em teoria há três posições que podem ser formuladas. Primeira, a da proibição total de sindicalização aos servidores públicos. Segunda, a do pleno reconhecimento do direito. Terceira, a do reconhecimento do direito com algumas exclusões.

A França permite a sindicalização dos funcionários públicos, excluindo militares. A Itália proíbe sindicalização do pessoal da polícia.

A Convenção n. 87, da OIT, dispõe, no art. 2º, que "os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que estimem convenientes, assim como o de filiarem-se a essas organizações com a única condição de observarem os seus estatutos". Essa Convenção não é ratificada pelo Brasil.

Com o novo sistema constitucional, o modelo sindical brasileiro amplia-se consideravelmente no setor público, abrangendo a administração direta e a indireta, o regime estatutário e o contratual da Consolidação das Leis do Trabalho, pondo-se de acordo com as diretrizes predominantes no plano do direito internacional.

8. Formação de sindicatos

No direito comparado há mais de uma forma de criação de sindicatos, sendo três as principais. Primeira — por meio do *depósito* dos estatutos, livremente aprovados, em um órgão. Segunda — por meio do *registro* perante um órgão, desdobrando-se de acordo com a neces-

sidade ou não de concessão de personalidade jurídica pelo Estado, com o que há o registro concessivo e o meramente certificante ou declaratório da existência do sindicato, bem como varia também o tipo de órgão perante o qual o registro deve ser efetuado, um cartório ou o Ministério do Trabalho e Emprego. Terceira — por meio da *fundação espontânea* não condicionada a depósitos dos estatutos ou a registros, da qual resultam sindicatos de fato, sem qualquer formalidade para a sua constituição.

No Brasil ocorreram sensíveis modificações, porque durante 50 anos houve um procedimento no qual os interessados, como primeira etapa, criavam uma associação não sindical, desde que representassem pelo menos um terço da categoria, e registravam-na no então Ministério do Trabalho; depois de algum tempo teriam de pedir a esse Ministério do Trabalho a sua transformação em sindicato, e este órgão, segundo critérios discricionários, poderia ou não autorizar a transformação, no primeiro caso expedindo um documento denominado carta de reconhecimento, pelo qual procedia à investidura sindical da associação, definindo a sua base territorial e representatividade.

Com a Constituição Federal de 1988 (art. 8º, I), o sistema foi bastante simplificado, não sendo mais necessária a autorização do Estado para a criação de sindicatos, com o que é desnecessária a prévia criação de associações, a investidura sindical pelo Ministério do Trabalho e Emprego e o reconhecimento deste. Basta o registro.

A legislação pátria estabelece, entre outros princípios, que a formação de um sindicato patronal obedecerá ao critério de representação por categoria/atividade econômica, podendo a base de atuação ser equivalente no mínimo à de um Município, ou abranger vários Municípios, Estados e todo o território nacional.

A regularização de um novo sindicato deve atender às seguintes exigências: a) assembleia de empresas da categoria econômica; b) aprovação do estatuto social; c) registro em Cartório de Títulos e Documentos; d) registro no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais.

A lei permite a criação de sindicato por desdobramento de categoria. Dispõe a Constituição Federal, art. 8º, I: "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I — a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, *ressalvado*

o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical". A CLT, no art. 571 — e nesse ponto não se atrita com a Constituição —, declara: "Qualquer das atividades ou profissões concentradas na forma do parágrafo único do artigo anterior poderá dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato específico, desde que o novo sindicato, a juízo da Comissão de Enquadramento Sindical, ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente".

No início da organização sindical corporativista acolhida pela CLT, o Estado, por intermédio do então Ministério do Trabalho e pela Comissão de Enquadramento Sindical, órgão de assessoramento do Ministro, atualmente desativada, promoveu o enquadramento sindical das categorias econômicas e profissionais, agrupando-as segundo o setor de atividade econômica das empresas. Adotou-se o princípio do sindicato único, daí dispor o art. 516 da CLT que "não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial". Como seria impossível, pelo elevado número de atividades econômicas existentes no País, a criação de categorias específicas para cada atividade, o enquadramento sindical oficial fundou-se na formação de categorias ecléticas, integradas por atividades ou profissões similares e conexas, significando que foram agrupados na mesma categoria setores semelhantes ou parecidos, sem prejuízo de, a qualquer momento, uma das atividades similares ou conexas, dissociando-se, transformar-se em nova e autônoma categoria, surgindo a figura do desmembramento ou dissociação de categorias, previsto pelo art. 571, acima citado.

Conviveram o princípio do sindicato único e a dissociação de categorias, esta como componente do sistema, portanto não contrária ao mesmo, mas dele fazendo parte, como atesta o elevado número de sindicatos criados em nosso país, em bom número em decorrência exatamente dos desmembramentos e dissociações autorizados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. A Constituição Federal de 1988, ao manter a unicidade sindical, não só traz, como efeito da mesma, o direito de desconcentração de categoria integrada por atividades econômicas conexas ou similares, para que, entre estas, a que apresentar condições de vida própria transforme-se em nova categoria específica do seu ramo com o seu próprio sindicato, como reforça essa possibi-

lidade na medida em que se direcionou no sentido da maior autonomia da organização sindical, evidenciada claramente em seus textos, ao declarar que "é livre a organização profissional ou sindical" (art. 8º, *caput*), que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical" (art. 8º, I), e que a base territorial do sindicato "será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados" (art. 8º, II).

Não é outro o entendimento dos doutrinadores que examinaram a questão.

Oliveira Viana (*Problemas de direito sindical*), ex-Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, que primeiramente estabeleceu as diretrizes da nossa organização sindical, mostra que o seu propósito foi criar mecanismos de flexibilização da unicidade sindical, para distinguir o nosso modelo do italiano. Mozart Victor Russomano (*Direito sindical. Princípios gerais*), ex-Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, sustenta: "A indivisibilidade da categoria, ou seja, a unidade absoluta da categoria profissional ou econômica, é, apenas, um *princípio*. Ao contrário, sua divisibilidade é um fato". E acrescenta (*Comentários à CLT*): "Merece registro especial, entretanto, a circunstância de que as *categorias concentradas*, a qualquer tempo, se podem dissociar, para formação de novos sindicatos. O requisito que se exige para essa dissociação das categorias representadas pela mesma entidade de classe é a possibilidade concreta de que o novo sindicato preencha as condições mínimas de vida associativa e de ação sindical eficiente (art. 571), que serão avaliadas pela própria categoria. Dando-se a dissociação das categorias concentradas, a denominação do sindicato deverá ser modificada, no sentido de se eliminar da designação anterior a categoria que vai constituir novo sindicato (art. 572, parágrafo único)". Octavio Bueno Magano (*Manual de direito do trabalho*) sustenta: "A categoria formada por similaridade e conexão pode ser, a qualquer tempo, desconstituída, subdividindo-se em categorias específicas, desde que, a juízo da autoridade administrativa, seja tal subdivisão compatível com a vida associativa". Gabriel Saad (*Consolidação das Leis do Trabalho comentada*, 22. ed., São Paulo, LTr, 1990, p. 385, nota ao art. 571) afirma: "O essencial é os interessados se reunirem em assembleia para deliberar favoravelmente ao desligamento e aprovar a criação do novo sindicato".

O Supremo Tribunal Federal (MS 20.829-S, Ac. TP, 3-5-1989, Rel. Min. Célio Borja) assegurou o direito de criação da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, apesar de existir a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, com o seguinte acórdão: "Cabem, aqui, algumas ponderações. A primeira é que a lei já não pode mais obstar o surgimento de entidades sindicais de qualquer grau, senão quando ofensivo do princípio da unicidade, na mesma base territorial. Depois, deve-se ter presente que caberá aos trabalhadores ou empregadores definir tal base territorial, que não pode ser menor do que a área de um município. É vedada, nisto, portanto, a incursão do Poder Público. A lei pode, por certo, dizer como os trabalhadores e empregadores, nisto interessados, deverão agir para assegurar a unicidade de sua representação; mas o Estado não se substitui aos interessados, únicos titulares do direito de representação e agentes exclusivamente capazes de criar organizações sindicais".

9. Registro de sindicatos

Registro é o ato do Ministério do Trabalho e Emprego pelo qual uma entidade sindical é incluída no Cadastro Nacional das Entidades Sindicais e, também, o documento ou certidão que a entidade registrada passa a ter para comprovar, perante o Judiciário, o Executivo ou terceiros, essa sua condição. Nos dissídios coletivos o registro definirá a representatividade do sindicato para fins de oposição no processo. O registro, enquanto não desconstituído por decisão administrativa ou judicial, terá validade e deve produzir os mesmos efeitos decorrentes do reconhecimento da personalidade jurídica e sindical. Assim como o CNPJ é o registro das pessoas jurídicas para fins de direito, o Registro Sindical define a *personalidade sindical* da respectiva entidade.

O registro de sindicatos, nos seus aspectos gerais, não deveria oferecer dúvidas doutrinárias, mas até hoje persistem afirmações, com as quais não concordo, de que o registro é uma interferência indevida do Estado na organização sindical. Não se trata de interferir e, sim, de verificar e cadastrar, o que é um imperativo de organização, principalmente em um sistema de unicidade de base, como o nosso.

Na doutrina de Evaristo de Moraes Filho, "a evolução da existência do sindicato na sociedade moderna, surgida depois da Revolução

Francesa, caminhou da luta pela sua própria sobrevivência contra o Estado à existência junto a esse mesmo Estado". Nessa época, marcada pelo signo do liberalismo individualista, o Estado temia que as associações de classe se transformassem em núcleos revolucionários contra a sociedade constituída e se colocassem entre ele e os indivíduos.

Sobre o tema *registro* no Direito Sindical há um cuidadoso estudo de Túlio Massoni, artigo com o nome Sindicatos: criação e registro. [In: Enoque Ribeiro dos Santos e Otávio Pinto e Silva (Coord.), *Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional,* LTr, 2006], com análise de doutrina de Mario de La Cueva, para quem "o registro dos sindicatos parece corresponder, em suas origens, a uma ideia política. O Estado temia as associações ocultas e, ao levantar proibições contra a associação profissional, exigiu, como um mínimo de defesa, que elas se registrassem; seria então fácil vigiá-las".

Alfredo J. Ruprecht, ao tratar dos atos preparatórios de formação dos sindicatos, esclarece que, como qualquer outro tipo de associação, é necessário um processo de organização, o qual deve ser examinado a partir de três perspectivas: *política*, que é a decisão do Estado diante da constituição do sindicato; *social*, que corresponde ao exame das necessidades que têm os trabalhadores de se unirem na defesa de seus interesses; e *jurídica*, em que há a implicação do ato constitutivo e o exame de seus elementos.

Segundo Romita os requisitos impostos por lei à fundação do sindicato podem ser reunidos em dois grupos: requisitos *de fundo* e requisitos *de forma*. Os primeiros são aqueles relativos à própria constituição do grupo, isto é, à qualidade das pessoas que possam participar da organização e às finalidades do órgão. Assim, o sindicato deverá ser integrado não por qualquer pessoa, mas por empregados, empregadores ou profissionais liberais, e a finalidade deverá ser a coordenação dos interesses dessas classes, pois, do contrário, não haverá sindicato (ex., entidade de beneficência, de turismo etc., ainda que compostas por empregados).

No segundo grupo estão os requisitos que correspondem às formalidades previstas em lei para que se possa considerar fundado o sindicato. Tais formalidades, explica Ruprecht, são variáveis, sofren-

do mudanças de acordo com as legislações de cada ordenamento jurídico. Em geral, são necessárias uma assembleia de fundação, a redação do ato constitutivo, a aprovação de um estatuto, a designação dos dirigentes, entre outras. Não cumpridas as formalidades exigidas, o sindicato não pode ter vida social. Para Ruprecht, a principal formalidade é a aprovação de seu estatuto que, dando vida ao sindicato, definirá seus fins, os mecanismos de sua atividade, as relações de seus membros com terceiros, enfim, tudo o que se relacione com a rotina de uma instituição.

Efren Córdova adverte que devem ser requisitos adequados no sentido de garantir a capacidade de o sindicato desempenhar suas funções de defesa dos interesses dos trabalhadores e que devem ser razoáveis e não impeditivos da formação da entidade sindical. O registro, como já deixou claro a OIT, não é incompatível com a Convenção n. 87, sobre liberdade sindical. Nossa Constituição o prevê (art. 8º, I) e a jurisprudência também (STF, Súmula 677).

Defende Zoraide Amaral de Souza que "o registro de uma determinada entidade sindical não deve pressupor controle por parte da autoridade do País para a sua existência...", concluindo que o registro, como mera formalidade, por exigência da legislação em vigor, não importa no controle acima mencionado. Para Romita os requisitos de forma devem restringir-se à publicidade do ato de constituição do sindicato, de modo que "se o poder público subordina a constituição do sindicato à prévia autorização, na realidade nega o princípio da liberdade de fundação (Convenção n. 87 da OIT), do que se depreende que dois são os regimes possíveis: a) o da prévia autorização, no qual o poder público procede a uma *análise de mérito***,** não se tratando de requisito de cunho meramente formal; e b) o do registro ou depósito dos estatutos, tratando-se apenas de *medidas de publicidade*".

Córdova sustenta que a lei poderia estabelecer requisitos mínimos para a constituição de um sindicato, mas esses requisitos devem ser razoáveis e adequados no sentido de garantir a capacidade de o sindicato desempenhar suas funções de defesa dos interesses dos trabalhadores. A legislação poderia, por exemplo, estabelecer um número mínimo de membros necessários para a constituição válida de um sindicato, mas esse número não deve ser rígido nem exagerado ou constituir um obstáculo para sua formação.

Referindo-se à expressão "sem autorização prévia", entende Córdova que ela significa "*o direito a existir, independentemente de qualquer permissão ou licença outorgada pelas autoridades públicas*. Essas poderiam requerer o registro dos sindicatos para fins de publicidade ou qualquer outra formalidade que lhes parecesse adequada a fim de assegurar o funcionamento normal das organizações profissionais. Não lhes seria permitido, porém, condicionar a formação de um sindicato a uma autorização discricionária, nem colocar obstáculos ou dilações que resultassem na invalidação do processo de constituição de um sindicato".

No entendimento da OIT, a obrigação de se proceder ao registro não é necessariamente incompatível com a Convenção n. 87.

O alcance das faculdades discricionárias das autoridades é, na prática, o critério a que se recorre, com maior frequência, para examinar a conformidade com a Convenção, sobretudo no que concerne à possibilidade de recursos às autoridades judiciárias contra qualquer decisão na matéria, sendo que estas últimas apenas deverão negar o pedido de registro em consequência de fatos graves e devidamente comprovados. O alcance das faculdades discricionárias é, também, o critério "aplicável nos casos de um procedimento de registro excessivamente longo e complicado; de qualquer regulamentação relativa ao registro que se aplique desvirtuando sua legítima finalidade, ou de um texto legal tão impreciso que favoreça o uso excessivo de uma ampla margem de apreciação por parte das autoridades administrativas".

Não é demais ver a perspectiva da Convenção n. 87 da OIT, padrão internacional de liberdade sindical, e que reflete os princípios e valores desenvolvidos pelos países europeus nas lutas que empreenderam para escapar da ilegalidade e também da arbitrariedade do Estado.

O art. 2º da Convenção n. 87 reconhece aos trabalhadores e empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, o direito de constituir as organizações que julgarem convenientes.

O Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho — OIT assentou as seguintes diretrizes em verbetes:

a) n. 295: estabelece que o direito ao reconhecimento mediante o registro oficial é um aspecto essencial do direito de sindicalização, já

que este é a primeira medida que devem adotar as organizações de empregadores e de trabalhadores para poderem funcionar eficazmente e representar adequadamente seus membros;

b) n. 298: declara que uma disposição por meio da qual se possa negar o registro de um sindicato se este está prestes a realizar atividades que possam representar uma ameaça grave para a segurança e a ordem públicas poderia dar lugar a abusos e sua aplicação exige a maior prudência possível. Não se deveria negar o registro senão em virtude de fatos graves e devidamente comprovados, normalmente sob o controle da autoridade judicial competente;

c) n. 299: afirma que a obrigação imposta às organizações sindicais de conseguir o consentimento de uma central sindical para poderem ser registradas deveria ser suprimida;

d) n. 300: dispõe que deveria existir o direito de apelar aos tribunais contra qualquer decisão administrativa em matéria de registro de uma organização sindical. Este recurso constitui uma garantia necessária contra as decisões ilegais ou infundadas das autoridades encarregadas desse registro;

e) n. 301: declara que a decisão de proibir o registro de um sindicato que havia sido reconhecido legalmente não deve ter efeito antes de transcorrido o prazo legal sem que se tenha interposto o recurso de apelação ou a decisão tenha sido confirmada em apelação pela autoridade judicial;

f) n. 302: afirma que, nos casos em que o encarregado do registro precisa basear-se em seu próprio critério para decidir se um sindicato reúne as condições para ser registrado — ainda que sua decisão possa ser objeto de apelação aos tribunais —, o comitê considerou que a existência de um recurso judicial de apelação não parece ser garantia suficiente; com efeito, não modifica o caráter das faculdades concedidas às autoridades encarregadas da inscrição, e os juízes aos quais se submetem tais recursos não terão mais possibilidade de assegurar que a legislação tenha sido corretamente aplicada. O comitê chamou a atenção para a conveniência de definir claramente na legislação as condições precisas que os sindicatos deverão cumprir para poderem ser registrados e de prescrever critérios específicos para determinar se essas condições são cumpridas ou não;

g) n. 303: dispõe que, quando as dificuldades em relação à interpretação de normas sobre a inclusão dos sindicatos nos registros estatais pertinentes criam situações em que as autoridades competentes abusam de suas competências, podem surgir problemas de compatibilidade com a Convenção n. 87;

h) n. 304: estabelece que os juízes devem poder conhecer a substância das questões relativas à negativa do registro, a fim de determinar se as disposições em que se baseiam as medidas administrativas recorridas infringem ou não os direitos que a Convenção n. 87 reconhece a organizações profissionais;

i) n. 305: enuncia que o controle normal da atividade dos sindicatos deveria ser efetuado *a posteriori* pelo juiz; o fato de que uma organização que busca beneficiar-se do estatuto de sindicato profissional possa envolver-se, em determinado caso, em uma atividade alheia à sindical não parece constituir motivo suficiente para que as organizações sindicais sejam submetidas ao controle *a priori* no que diz respeito a sua composição ou à composição de sua comissão gestora. O fato de negar o registro de um sindicato porque as autoridades, de antemão e por juízo próprio, consideram que ele possa ser politicamente indesejável seria equivalente a submeter o registro obrigatório de sindicato a uma autorização prévia por parte das autoridades, o que não é compatível com as disposições da Convenção n. 87;

j) n. 306: declara que, em um sistema jurídico no qual o registro de uma organização de trabalhadores é facultativa, o fato de estar registrada pode conferir a uma organização algumas vantagens importantes, como imunidades especiais, isenções fiscais, direito a ser reconhecida como única representante para negociação etc. Para conseguir esse reconhecimento pode-se exigir que a organização cumpra algumas formalidades, que não equivalem à autorização prévia e que normalmente não trazem problemas no que se refere às exigências da Convenção n. 87;

l) n. 307: dispõe que a demora do procedimento de registro constitui grave obstáculo à constituição de organizações e equivale à negação do direito dos trabalhadores de constituírem organizações sem autorização prévia;

m) n. 308: enuncia que é considerado razoável o prazo de um mês para o registro de uma organização.

A Portaria n. 186, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, não contraria os princípios da Convenção n. 87 da OIT, uma vez que não interfere na liberdade sindical e as exigências formais que faz são de mera forma, e não de fundo, embora a documentação que os sindicatos terão de apresentar — quer para o registro, quer para as alterações estatutárias — sejam minuciosas, mas não impeditivas, dos atos que irão praticar.

O procedimento administrativo para registrar um sindicato (Portaria n. 186) no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais — CNES compõe-se de oito partes:

— pedido de registro e de alteração estatutária;

— publicação do pedido;

— oportunidade de impugnações;

— solução das impugnações;

— sustação do procedimento;

— o ato do registro;

— cancelamento do registro;

— entidades sindicais de grau superior.

Para a solicitação de registro, a entidade sindical deverá acessar o CNES, disponível no endereço eletrônico www.mte.gov.br, e seguir as instruções ali constantes para a emissão do formulário de pedido de registro; após a transmissão dos dados e confirmação do envio eletrônico do pedido, deve protocolizar o expediente para formação de processo administrativo, unicamente na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego — SRTE da unidade da Federação onde se localiza a sede da entidade sindical, vedada a remessa via postal.

Diversos documentos devem acompanhar o pedido de registro (Portaria n. 186).

O expediente é encaminhado à Seção de Relações do Trabalho da SRTE, para conferência dos documentos que acompanham o pedido e, por meio de despacho, à Coordenação-Geral de Registro Sindical da Secretaria de Relações do Trabalho — CGRS, para fins de análise.

A análise dos pedidos de registro ou de alteração estatutária será feita pela CGRS, que verificará se os representados constituem cate-

goria, nos termos da lei, bem como a existência, no CNES de outras entidades sindicais representantes da mesma categoria, na mesma base territorial da entidade requerente.

Na análise haverá a verificação do cumprimento dos pressupostos formais, que são:

— caracterização ou não de categoria econômica ou profissional para fins de organização sindical, nos termos da legislação;

— insuficiência ou irregularidade dos documentos apresentados;

— coincidência total de categoria e base territorial do sindicato postulante com sindicato registrado no CNES;

— base territorial requerida que engloba o local da sede de sindicato, registrado no CNES, representante de idêntica categoria; e

— desatendimento, ao ser protocolado o pedido, do cumprimento de todas as formalidades, documentos, atas e indicações cuja falta possa pôr em risco a caracterização de categoria econômica, profissional ou específica.

Depois da análise, o pedido de registro sindical ou de alteração estatutária será publicado no *Diário Oficial da União*, com a abertura de prazo para impugnações.

Constatada a existência de dois ou mais pedidos de registro ou alteração estatutária com coincidência total ou parcial de base territorial e categoria, observar-se-á a ordem de data do protocolo do pedido. No caso de documentação incompleta, atender-se-á àquele que primeiro regularizar a documentação. Se os interessados estiverem discutindo o conflito de representação na via judicial, os processos ficarão suspensos, até decisão judicial. Serão publicadas no *Diário Oficial da União* e devidamente certificadas no processo as decisões de arquivamento, das quais poderá o interessado apresentar recurso administrativo, na forma do Capítulo XV da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Publicado o pedido de registro sindical ou de alteração estatutária, a entidade sindical de mesmo grau, registrada no CNES, que entenda coincidentes sua representação e a do requerente, poderá apresentar impugnação, no prazo de trinta dias, contado da data da publicação, diretamente no protocolo do Ministério do Trabalho e Emprego, sendo vedada impugnação por qualquer outro meio.

Não são aceitas impugnações coletivas, apresentadas por meio do mesmo documento por um impugnante a mais de um pedido ou por vários impugnantes ao mesmo pedido.

As impugnações serão analisadas pela CGRS e poderão ser arquivadas, se apresentadas em desconformidade com os requisitos exigidos pela Portaria, inclusive se apresentadas por entidade sindical de grau diverso da impugnada, salvo se o impugnante tiver procuração para esse fim. Por exemplo, uma Federação não poderá impugnar um Sindicato, e assim por diante.

A não coincidência de base territorial e categoria entre impugnante e impugnado também é motivo de arquivamento.

Outra causa de arquivamento ocorre quando a base territorial do impugnado for menor que a do impugnante, desde que não englobe o município da sede do sindicato impugnante e não haja coincidência de categoria específica. Isso se dá diante do princípio do desdobramento geográfico, segundo o qual sindicatos da mesma categoria podem ser desdobrados em bases territoriais menores, uma vez que a regra que prevalece é a da facilitação desses desdobramentos em função do nosso modelo legal. A lei autoriza mais que isso, permite a dissociação de categorias similares ou conexas (CLT, art. 571), atenuante da rigidez do princípio do sindicato único. Assim, se há um sindicato nacional, a lei não impede a criação de um sindicato estadual na mesma categoria. E, se há um sindicato estadual, nada impedirá a criação de um sindicato municipal.

Foi criado um mecanismo autocompositivo de solução das controvérsias sobre dissociação e desdobramento de categorias, o que é acertado tendo em vista a demora dos processos judiciais e a necessidade de dar um fim mais rápido à questão. Não há ilegalidade na criação desse trâmite conciliatório.

Há uma lei que prevê o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei n. 9.784, de 1999), na qual a Portaria, nesse ponto, fundou-se. A rigor, a natureza do conflito de interesses entre sindicatos não é uma questão administrativa. Todavia, como a tentativa de conciliação não significa uma forma de interferência na organização sindical, mas, apenas, um meio oferecido às partes para que pela autocomposição encontrem a solução direta das suas diver-

gências, e como a Secretaria das Relações de Trabalho tem poderes de mediação e de arbitragem (Lei n. 10.192/2001, art. 11, *caput*, § 4º, Lei n. 4.330/64, arts. 11 e 17, Decreto n. 908/93, art. 2º, II, Decreto n. 1.572/95, Portaria n. 1/2006 e Portaria n. 817/95), nada a impede de promover a autocomposição porque essa é uma das funções do Ministério do Trabalho e Emprego.

Não quer isso dizer que foi afastado o controle judicial nem poderia ser diante do princípio jurídico do *direito à jurisdição* como direito público subjetivo.

O pedido de registro será arquivado se a entidade impugnada, devidamente notificada, não comparecer à reunião; já o pedido de impugnação será arquivado, e concedido o registro sindical ou de alteração estatutária, se a única entidade impugnante, devidamente notificada, não comparecer à reunião.

Serão arquivadas as impugnações das entidades que não comparecerem à reunião, evidentemente no caso de mais de uma impugnação, mantendo-se o procedimento em relação às demais entidades impugnantes presentes.

As reuniões serão públicas, devendo a pauta respectiva ser publicada em local visível, acessível aos interessados, com antecedência mínima de cinco dias da data da sua realização.

Presentes as partes, o Secretário de Relações do Trabalho ou o servidor por ele designado convidá-las-á para que se pronunciem sobre as bases de uma possível conciliação.

Da reunião será feita uma ata circunstanciada, assinada por todos os presentes, da qual constará o resultado da tentativa de acordo.

O acordo entre as partes fundamentará a concessão do registro ou da alteração estatutária que será concedida após a apresentação de cópia do estatuto social das entidades, registrado em cartório, com as modificações decorrentes do acordo, cujos termos serão anotados no registro de todas as entidades envolvidas no CNES.

Não havendo acordo, o pedido ficará sobrestado até que a Secretaria de Relações do Trabalho seja notificada do inteiro teor de acordo judicial ou extrajudicial ou de decisão judicial que termine a controvérsia.

A concessão do registro sindical será feita quando não houver impugnações, quando tiverem sido arquivadas as impugnações, quando houver acordo entre as partes e quando houver determinação judicial dirigida ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Essa concessão, bem como de alteração estatutária, será publicada no *Diário Oficial da União*.

O registro sindical só será cancelado por ordem judicial, na via administrativa, se constatado vício de legalidade no processo de concessão, a pedido do próprio requerente e na ocorrência de fusão ou incorporação entre duas ou mais entidades diante da dissolução, nesses casos, da entidade sindical anterior.

O cancelamento do registro será publicado no *Diário Oficial da União* e anotado, com o motivo, no CNES.

As federações e confederações também devem registrar-se, desde que constituídas na forma exigida pela lei. "É facultado aos sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação" (CLT, art. 534). As confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações (CLT, art. 535).

10. Centrais sindicais e outros órgãos de segundo grau

Acima dos sindicatos erguem-se duas estruturas.

Uma estrutura, a estes ligada, é de entidades sindicais, que a lei brasileira denomina entidades de segundo grau e que são as Federações e Confederações, aquelas criadas por determinado número de sindicatos da categoria (CLT, art. 534), estas, por certo número de Federações (CLT, art. 535).

Outra estrutura, que não se confunde com a primeira — embora seja conexa —, é a de órgãos de trabalhadores superpostos à pirâmide "categoria", portanto, supracategorias para defesa de interesses gerais dos trabalhadores e não de interesses de categorias, formados por sindicatos que espontaneamente a elas se filiam, por livre escolha, sem a intermediação das suas associações de grau superior e que são as centrais sindicais.

A legalização das centrais sindicais deu-se por meio da Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008, que entrou em vigor na data da sua publicação — 1º-4-2008 —, precedida de exposição de motivos com destaque para seus principais aspectos:

a) suas atribuições, de coordenação e representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas, e a participação em fóruns colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores;

b) sua criação composta por organizações sindicais de trabalhadores e sua natureza de entidade associativa de direito privado;

c) os requisitos de representatividade que autorizam sua criação, como o número mínimo de entidades sindicais que a ela deverão filiar-se;

d) a aferição dos seus índices de representatividade pelo Ministério do Trabalho e Emprego, órgão que anualmente os divulgará com a relação das centrais, com base no número de sindicatos a elas filiados;

e) a recomposição de percentuais da contribuição de negociação com a parcela destinada ao financiamento das Centrais.

Poderão praticar o diálogo social sob outras formas, não pela pactuação de convênios coletivos de trabalho, atribuição esta que continua sem alterações em nosso sistema sindical.

Receberão 10% do total de 20% da contribuição sindical recolhida pelo Ministério do Trabalho e Emprego para custeio do Fundo de Assistência ao Trabalhador — FAT.

A lei das Centrais introduziu no ordenamento legal do nosso país um novo conceito, o de *representatividade* demonstrável pela *consistência numérica* atendida com a prova do número de trabalhadores sócios dos sindicatos filiados à Central em todo o território nacional, com a *abrangência territorial dos representados,* que pode ser atendida pela verificação da distribuição dos sindicatos em regiões do País, e com a *abrangência categorial dos representados*, que será a constatação dos setores da atividade econômica cobertos pelos sindicatos filiados à Central.

11. Estabilidade do dirigente sindical

A Constituição Federal de 1988, no art. 8º, VIII, confere ao dirigente ou representante sindical, mantendo e ampliando critério já acolhido pela CLT (art. 543, § 3º), proteção contra dispensa imotivada, atribuindo-lhe o direito de estabilidade no emprego, nos seguintes termos: "É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".

São pressupostos da aquisição da estabilidade os de natureza *subjetiva* e *objetiva*.

De natureza *subjetiva* são: a) ser dirigente ou representante sindical sócio da respectiva entidade no exercício das suas funções estatutárias; b) estar na plenitude do gozo dos seus direitos sindicais; c) integrar lista submetida a assembleia sindical.

De natureza *objetiva* são os seguintes requisitos: a) pertencer a entidade sindical de reconhecida existência legal e cuja existência não tenha sido impugnada na via administrativa ou judicial; b) o cargo ocupado deve ser *eletivo* e não preenchido, segundo o estatuto da entidade, por outra forma, como a simples designação; c) o número de cargos da entidade deve corresponder às suas necessidades, não se reconhecendo, em face do abuso de direito, estabilidade de dirigente ou representante sindical de cargos que o estatuto criou de forma abusiva e com a finalidade única de proteger o seu ocupante; d) a comunicação da eleição pelo sindicato à empresa.

Inicia-se a estabilidade com o registro da candidatura na entidade sindical e nos termos estatutários. Termina ou com a divulgação dos resultados negativos da eleição ou, tendo sido eleito, um ano após o término da gestão.

Havendo falta grave apurada em inquérito judicial perante a Justiça do Trabalho, é lícita a rescisão do contrato de trabalho. A dispensa imotivada é nula de pleno direito, ainda que acompanhada de todos os pagamentos devidos ao empregado estável. Reintegração no emprego é o direito do estável quando ilegalmente afastado, não de forma cautelar, mas mediante reclamação trabalhista, caso em que, uma vez

reintegrado, fará jus a todos os direitos do período do afastamento, como se a relação de emprego não tivesse sido interrompida.

Uma questão controvertida é saber se é estável o dirigente sindical que está exercendo atividade pertencente a outra categoria profissional, diversa daquela do seu sindicato.

Uma pessoa pode ter mais de um emprego, tornando assim possível que, em se tratando de profissões diferentes, venha a ser membro de mais de uma categoria de trabalhadores. Se no período da manhã alguém é, por exemplo, professor de um cursinho e no período da tarde é vendedor empregado, integrará, automaticamente, duas categorias sindicais, a de professores e a de vendedores empregados. Caso seja eleito dirigente do sindicato dos professores, qual seria a sua situação no emprego de vendedor?

A questão que se discute está em saber se, nesse emprego, o dirigente sindical nas condições mencionadas é portador da estabilidade do art. 8º, VIII, da Constituição, ou se, ao contrário, pelo fato de não ser dirigente do sindicato que representa os trabalhadores na sua empresa, inexiste a referida garantia legal.

O problema, pelos reflexos que pode causar, não é acadêmico. É prático. Das premissas nele estabelecidas resulta o direito ou a proibição da dispensa desse dirigente sindical pelo empregador, possível desde que se conclua que não é portador da estabilidade, impossível sob pena de reintegração no emprego, na hipótese de se admitir que, ao contrário, tem estabilidade especial.

A jurisprudência não é uniforme, havendo decisões que protegem o dirigente sindical, como as seguintes: "A estabilidade sindical assegurada pelo § 3º do art. 543 da CLT não traz em seu bojo qualquer restrição, devendo ser considerada ampla e irrestrita, abrangendo qualquer empregado em exercício de atividade sindical, ainda que diverso seja o seu enquadramento sindical na reclamada, ou que represente categoria profissional distinta da preponderante na empresa na qual trabalha. A garantia de emprego, legalmente estabelecida, visa a evitar que, em sendo dispensado do serviço, torne-se impossibilitado de desempenhar seu mandato sindical" (Ac., 2ª T., TRT, 9ª Reg., RO 0981/89, Rel. Juiz Leonaldo Silva, 12-7-1990, *DJ-PR*, 10 ago. 1990, p. 83). "O direito à estabilidade provisória, assegurada pelo artigo 543 da CLT,

não se desfigura pelo fato de o empregado pertencer a um sindicato e trabalhar em outra atividade, pois, o que importa é o exercício do cargo de direção sindical" (TST, 2ª T., RR 5.119/86, Rel. Min. Barata Silva, *DJU*, 7 ago. 1987, p. 15576).

Outras decisões, em sentido oposto, negam a estabilidade, como as seguintes: "A estabilidade sindical tem em conta a garantia do exercício do mandato gremial junto a empresa cujos funcionários pertençam, em sua maioria, a esse sindicato que elegeu o trabalhador. O intuito do art. 543 da CLT é possibilitar a ação sindical dentro da empresa da qual saiu o dirigente eleito. Esse preceito não está em conflito com o art. 8º, VIII, da Constituição" (TRT, 15ª Reg., 2ª T., RO 1.080/90, Rel. Juiz José Pedro Camargo R. de Souza, 3-7-1990, *DJ-SP*, 17 ago. 1990, p. 112). "A estabilidade provisória assegurada ao dirigente sindical tem como pressuposto o exercício da representação da categoria profissional no âmbito empresarial, pois visa garanti-lo contra a insatisfação do empregador no desempenho da árdua tarefa de reivindicar e defender os interesses da coletividade obreira" (TST, SDI, ERR 79/89.0, 29-5-1990, Rel. Min. José Ajuricaba, *DJU*, 12 ago. 1990, p. 349). "A estabilidade provisória a que alude o § 3º do art. 543, da CLT, somente alcança empregado eleito dirigente de sindicato que representa a categoria profissional dos empregados da empresa na qual trabalha, sem atingir ou afetar empregadores de categoria econômica sem correspondência com aquela categoria profissional" (TST, 2ª T., RR 3.742/86, Rel. Min. Feliciano Oliveira, *DJU*, 24 abr. 1987, p. 294). "Estabilidade que objetiva amparar o empregado que representa a categoria profissional no âmbito da empresa, concedendo-lhe garantia contra possível reação do empregador no exercício dessa representação. Estabilidade que não se configura porque o dirigente não exerce, na empresa, atividade da categoria profissional de compositor, que representa na empresa" (TST, 1ª T., RR 79/89.0, 27-6-1989, Rel. Min. José Carlos da Fonseca, *DJU*, 13 out. 1989, p. 15815).

Decidiram, também, os Tribunais que, mesmo após a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, art. 8º, I, enquanto não se legislar diversamente, a estabilidade conferida pelo art. 543, § 3º, da CLT dirige-se somente àqueles cargos de administração sindical, consoante previsão do art. 522 consolidado, sob pena de se tolerar o abuso de direito. O referido dispositivo da CLT declara: "A administração do

sindicato será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros e de um conselho fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela assembleia geral". Nesse sentido são várias decisões regionais, e no mesmo sentido pronunciaram-se o TST e o STF (STF, RE 193.345-3, de Santa Catarina, 2ª T., 13-4-1999, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 28 maio 1999). Arnaldo Lopes Süssekind, em *Comentários à Constituição*, v. 2, pronuncia-se segundo a mesma diretriz.

Poucas são as manifestações doutrinárias sobre o tema, mas expressivas para o devido equacionamento jurídico da interessante questão.

Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna (*Instituições de direito do trabalho*) sustentam: "Conforme escrevemos, juntamente com Délio Maranhão, em parecer de 11 de junho de 1984, a simples leitura do artigo 543, já transcrito, revela claramente que a norma visa a proteger o trabalhador como empregado, contra atos do seu empregador, que lhe possam impedir ou dificultar o exercício de seus direitos sindicais. Óbvio, portanto, que essa garantia não se estende ao empregado, em determinada empresa, se ele for eleito dirigente sindical em outra categoria, seja de trabalhadores, de agentes autônomos ou de empregadores. Daí ter acentuado João de Lima Teixeira, que a conjugação dos fatores origem da vinculação do empregado ao respectivo sindicato e finalidade da estabilidade provisória permite-nos concluir que a proteção contra a despedida não pode ser estendida ao empregado eleito dirigente de sindicato de representação profissional com a qual afinidade alguma tem a categoria econômica de que faz parte sua empregadora". Lima Teixeira posicionou-se no mesmo sentido em artigo que escreveu (Suplemento trabalhista, *LTr*, São Paulo, n. 82, 1983).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (Estabilidade no emprego de dirigentes e representantes sindicais, in *Relações coletivas de trabalho*, São Paulo, LTr, 1989, p. 148) sustenta: "A razão de ser da garantia de emprego está, justamente, na necessidade de viabilizar-se a atuação do dirigente da associação ou do sindicato, afastando, portanto, o risco de o empregado sofrer prejuízos, considerada a relação jurídica que o aproxima do tomador dos serviços. Tem por escopo, portanto, evitar que este último,

contrariado em interesses isolados e momentâneos, acabe por intimidar o empregado, impedindo-o, assim, de atuar com desenvoltura no campo das reivindicações. Na verdade, em prol de um bem maior — o da coletividade de trabalhadores — acabou-se por retirar do patrimônio do empregador o direito potestativo de despedir. Assentada esta premissa, conclui-se que o direito está ligado à existência de nexo causal sempre a exigir o fato de a atuação sindical fazer-se em benefício dos demais prestadores de serviços existentes na empresa. Nem se diga que o texto constitucional não faz distinção. No caso, não se trata de distinguir onde a lei não distingue, mas simplesmente de considerar o objetivo da própria norma. Para que haja campo propício à articulação em torno da garantia de emprego, indispensável é que, primeiro, o empregado esteja vinculado à entidade que congregue categoria profissional e, segundo, que esta se faça presente, mediante número expressivo de prestadores de serviços, na empresa".

Na mesma linha são as conclusões de Octavio Bueno Magano (Direito coletivo do trabalho, in *Manual de direito do trabalho*): "Já assinalamos, em outra parte desta obra, que a estabilidade sindical visa a proteger menos os interesses do trabalhador do que os da entidade que representa. Não se concebe, assim, que possa aquele trocar o direito de permanência no emprego pelo recebimento de indenização, ou seja induzido a fazê-lo.

Em adição a tais considerações, vem a talho, agora, sublinhar que o dirigente sindical só goza da estabilidade provisória, de que trata o parágrafo do art. 543, da CLT, se for dirigente do sindicato representativo da categoria profissional dos empregados da empresa em que trabalhe, ou, então, se for representante de categoria diferenciada".

Em sentido oposto posiciona-se Emílio Rothfuchs Neto (Em torno da imunidade do dirigente sindical, in *Sindicalismo*, coord. Arion Sayão Romita): "Se a imunidade sindical visasse apenas proteger o empregado, para possibilitar-lhe o cumprimento pleno de seu mandato, fácil seria concluir que a mesma não faria surtir efeitos junto a empregador estranho ao enquadramento sindical em cuja esfera se construiu o mandato do empregado. Entretanto, porque a imunidade sindical antes de proteger o trabalhador visa a própria entidade e mesmo o movimento sindical, pondo-os a salvo do arbítrio do empregador,

entendemos que o dirigente sindical, ainda que de entidade alheia a seu relacionamento como empregador, está protegido por aquele benefício. Qualquer que seja a profissão exercida no contrato de emprego, o exercício de função sindical está sempre protegido pela imunidade que decorre de seu mandato, ainda que esta diga respeito a outro enquadramento profissional".

Feito esse levantamento do tema, chega-se à conclusão de que a divergência de posicionamentos resulta de um pressuposto a ser estabelecido, a causa da estabilidade do dirigente sindical, para alguns a proteção do dirigente sindical como membro do movimento sindical considerado como um todo, o que leva a uma interpretação ampla das dimensões da sua estabilidade, para outros a sua proteção como representante de determinada categoria profissional e nos exatos limites dessa mesma representação, o que gera, como consequência, uma interpretação restrita e funcional da sua estabilidade, confinada, no caso, ao nexo causal entre a sua categoria e o seu emprego.

A Convenção n. 135 da Organização Internacional do Trabalho, de 23 de junho de 1971, nas considerações que servem de base para os seus dispositivos destinados à proteção dos representantes dos trabalhadores, aponta, como causa da aprovação da medida, a necessidade de impedir toda discriminação voltada contra o exercício da liberdade sindical em relação ao emprego do representante, *in verbis*: "A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de Administração do Escritório Internacional do Trabalho e reunida na referida cidade em 2 de junho de 1971 em sua quinquagésima sexta reunião, *tendo em conta as disposições da Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949, que protege os trabalhadores contra todo ato de discriminação tendente a prejudicar a liberdade sindical em relação com seu emprego...*".

Esse texto internacional mostra que a origem da estabilidade conferida aos representantes dos trabalhadores está diretamente relacionada com os atos que contra os mesmos, em relação ao seu emprego, possam ser praticados pelo empregador, o que justifica a interpretação restritiva, predominante no direito brasileiro, na doutrina e na jurisprudência.

Não difere o que resulta da Convenção n. 98, também da Organização Internacional do Trabalho, com fins semelhantes, e que dispõe (art. I, 1): "Os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a prejudicar a liberdade sindical em relação ao seu emprego". O mesmo texto mostra a necessidade de proteção do trabalhador contra dispensa decorrente da sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho.

A estabilidade é uma figura contratual. Existe em função de determinada relação de emprego, com características de bilateralidade, o que pressupõe a sua compreensão de modo concreto e não genérico e inespecífico. É procedente a tese que identifica na relação causal a razão de ser da estabilidade, porque o dirigente sindical tem a proteção não como uma deferência a sua pessoa, mas porque incorpora a representação de um grupo, de modo que a sua presença intocável se faz pela coletividade de que é o porta-voz, não o sendo em emprego que nada tem que ver com a sua categoria, porque nele não poderia falar ou agir em nome de ninguém. Faltar-lhe-ia legitimidade para tanto.

O dirigente eleito para entidade autárquica de fiscalização ao exercício profissional não tem estabilidade especial. As hipóteses de estabilidade especial são expressamente previstas na norma jurídica, portanto resultam de enumeração taxativa, pressupondo sempre a anterioridade da norma, legal ou convencional, atributiva da referida garantia. É que, se por um lado, a estabilidade especial é, efetivamente, uma garantia atribuída ao empregado que preenche os requisitos previstos pela regra jurídica, de outro lado, a estabilidade é uma restrição à autonomia contratual do empregador, daí a bilateralidade dos seus efeitos, inafastável na sua apreciação.

Não há norma jurídica declarando que membro integrante de diretoria de entidade é portador de estabilidade no emprego. A estabilidade prevista pela Constituição Federal, art. 8º, VIII, restringe-se aos ocupantes de cargos eletivos de representação ou direção sindical, como resulta claro dos dispositivos da referida norma: "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical". Não é outra a conclusão que

resulta do texto da lei infraconstitucional (CLT, art. 543, § 3º), que veda a dispensa do empregado sindicalizado ou associado "a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional", sabido que associação profissional não é o mesmo que Conselho Regional de fiscalização do exercício profissional.

A natureza jurídica e as funções exercidas pelas autarquias corporativas e as que são desempenhadas por sindicatos e associações profissionais diferem; a estabilidade dos dirigentes sindicais foi instituída porque compete aos sindicatos a defesa dos interesses coletivos dos seus representados, daí a necessidade de proteção desses dirigentes, o que não ocorre com o diretor de autarquia corporativa, porque esta não é sindicato nem exerce as funções ao mesmo atribuídas, da defesa dos interesses dos trabalhadores perante a categoria patronal; não se encontra na mesma situação, uma vez que compete à autarquia, ao contrário dos sindicatos, a fiscalização do exercício profissional e da ética na profissão.

Como as funções das autarquias corporativas, de exercício da regularidade profissional e da ética dos profissionais não expõem o respectivo dirigente à categoria econômica mas, contrariamente, à mesma categoria profissional, o conflito que, em tese, poderia surgir seria entre a autarquia e os profissionais da área na qual a mesma cumpre a sua função fiscalizadora e moralizante.

Com efeito, a autarquia corporativa tem função inconfundível com a dos sindicatos, não sendo equiparada a estes nem desempenhando as suas atribuições. Uma autarquia profissional tem, em sua organização interna, para cumprir as suas primordiais funções, uma comissão que fiscaliza, no setor, se há profissionais que ali atuam sem a devida habilitação profissional que é conferida pela autarquia, o que faz nascer, em tese, um conflito entre a autarquia e o profissional. Outra comissão, normalmente integrante das referidas autarquias, é a de preservação da ética profissional, para verificar se os profissionais da área infringiram o Código de Ética para a respectiva punição, o que, também, gera, em abstrato, uma relação jurídica entre a entidade e o profissional. Vê-se logo que não há, pela natureza da autarquia corporativista, uma relação jurídica de emprego, capaz de suscitar a necessidade, justificada, da

estabilidade sindical, daí não ter a lei promovido a extensão. Os Conselhos Regionais e Federais de fiscalização do exercício profissional, que são ordens profissionais, não são entidades integrantes da organização sindical. A sua natureza jurídica é a de autarquias corporativas, atualmente sem a supervisão do Ministério do Trabalho e Emprego, por força do Decreto n. 93.617, de 21 de novembro de 1986, que "exime de supervisão ministerial as entidades incumbidas da fiscalização do exercício das profissões liberais".

§ 93. Ideologias sindicais

Sumário: 1. Sindicalismo estrangeiro. 2. Sindicalismo brasileiro.

1. Sindicalismo estrangeiro

Em outros países há diversas ideologias sindicais, algumas extremadas, outras não, e que passamos a enumerar.

a) *Sindicalismo revolucionário*: é o conjunto de ideias de fundo anarquista ou comunista que considera ineficaz toda ação política e vê na greve geral e na destruição do regime capitalista os únicos métodos de ação sindical. É também denominado *anarcossindicalismo* e encontra fundamento nas ideias de Proudhon, que pregava a impossibilidade de qualquer conciliação entre capital e trabalho e o ódio ao Estado, e de Sorel, que, em sua *metafísica do sindicalismo*, prega uma ação direta e violenta dos sindicatos, consubstanciada numa filosofia de greve, opondo-se à ação indireta e legal dos sindicatos, com o que se exalta a luta de classes, tese que merece a crítica de Cabanellas: "Não é possível conceber o sindicalismo como uma suposta filosofia de ação, como uma filosofia de greve ou uma manifestação de violência organizada, firme, resoluta, disposta sempre a novas conquistas. Se assim se conceber, estar-se-á caindo no erro de ver um só aspecto do problema, talvez o de menor importância, o mais débil dentro da organização sindical, que exige calma, profundidade de cálculo, elevação de objetivos, serena visão do futuro e, principalmente, delicado tacto para consolidar, em ação comum, o próprio bem-estar"[1].

1. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, v. 2, p. 62.

b) *Sindicalismo reformista*: é a filosofia sindical que se opõe à ação violenta direta como único sistema, sem repelir a ideia de que o sindicato é um organismo de luta. Preconiza a necessidade de organização dos trabalhadores para lutar por reivindicações no sentido de reestruturar as bases econômicas da sociedade, mas não compartilha da tese de que a violência é o único meio indicado para atingir esse objetivo. Duguit, de certo modo, prega o sindicalismo reformista quando sustenta que o movimento sindicalista não é uma guerra entre o capital e o trabalho, mas um meio potente de pacificação e de união e que, depois de um período primitivo de turbações, surgirá uma sociedade política e econômica em bases de integração (*As transformações do direito privado desde o Código de Napoleão*).

c) *Sindicalismo cristão*: é a teoria inspirada na Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, doutrinando ampla colaboração social, reconhecendo a necessidade e legitimidade da organização sindical, mantida a estrutura econômica da propriedade privada, porém com função social. Dentro dos postulados do cristianismo sindical o sindicalismo desenvolve-se numa ação pacífica, encontrando soluções para os problemas, sem violência e segundo um princípio de realização de justiça social e do bem comum. Um documento expressivo é o Código de Malinas, que declara: "O sindicato profissional tem um fim temporal; mas, obrigado a conformar os seus atos com a justiça e a caridade, não pode proclamar-se neutro com respeito à moral e à religião. Deve, pois, subordinar-se, em tudo quanto concerne à moral, aos princípios do catolicismo e às direções da Igreja. Esta obrigação incumbe aos sindicatos patronais da mesma forma que aos de obreiros, o que não veda aos sindicatos cristãos celebrar momentaneamente, e sobre questões particulares, alianças com sindicatos que se inspiram em outras fontes e agem com espírito diferente, contanto que se evitem todos os perigos para a fé ou a sadia moral que essas aproximações poderiam trazer consigo se fossem demasiado íntimas ou prolongadas (art. 90)".

d) *Sindicalismo comunista*: funda-se em teorias de tomada do poder com a instauração da ditadura do proletariado como meio de solução da questão social. Bifurca-se em sindicalismo revolucionário e sindicalismo reformista, mantida a ideia básica.

e) *Sindicalismo de Estado ou nacionalista*: significa o sindicalismo afastado de qualquer orientação política, mantendo-se no campo

estritamente trabalhista. Cabanellas cita como exemplos o sindicalismo fascista da Itália, o nazista da Alemanha de Hitler e, de certo modo, o sindicalismo das ditaduras de Portugal e Espanha. Portanto, trata-se de um sindicalismo que é conduzido pelo Estado.

f) *Sindicalismo autônomo*: é a tese segundo a qual o sindicato não deve estar ligado ao Estado nem depender das suas determinações, constituindo um grupo social autônomo numa sociedade pluralista. Na Itália contemporânea desenvolveu-se, como consequência, a teoria da autotutela sindical, reação contra o corporativismo. Sustenta que o sindicato deve ser disciplinado por suas normas próprias, resolver diretamente as suas disputas e não deve sofrer interferências do Estado, para que possa cumprir os seus fins e colaborar para a melhor distribuição de riquezas.

2. Sindicalismo brasileiro

Oliveira Viana, que viveu a formação do sindicalismo brasileiro da Revolução de 1930, influindo diretamente na sua organização jurídica, em *Direito do trabalho e democracia social* (1951), aponta três *princípios orientadores da formação do sindicalismo brasileiro*.

Primeiro, o "da deliberada e taxativa dissociação deste binário histórico, característico das organizações sindicais dos velhos povos europeus, o binário 'sindicalismo-socialismo', atribuindo méritos ao legislador brasileiro por ter 'operado intrepidamente esta dissociação, de pôr à margem, nitidamente, o socialismo e de fundar a nossa estrutura sindical sobre bases estritamente profissionais'.

O nosso sindicalismo — afirma Oliveira Viana — não pretende a reforma social. Não prega nem pratica a luta de classes. Não reconhece o marxismo revolucionário nem o marxismo reformista. Busca nas encíclicas dos grandes papas, de Leão XIII e de Pio XI, a sua inspiração e os seus princípios. É na carta de Malinas que ele encontra o padrão das suas normas e das suas formas de ação. Não traz à sociedade brasileira um espírito de desunião, de antagonismo, de lutas; mas, um princípio de aproximação, de colaboração, de pacificação".

O segundo princípio orientador do nosso sindicalismo, segundo Oliveira Viana, é "o da separação rigorosa entre as nossas organizações

sindicais e os partidos políticos. Desde a nossa primeira lei de sindicalização, tem sido, com efeito, sistematicamente vedada qualquer interferência dos sindicatos nas lutas de partidos — como rigorosamente proibida a intervenção destes na vida e na ação dos sindicatos. Entre nós, essas duas formas de organização social do povo — a profissional e a partidária — caminham separadas e distintas".

O terceiro princípio orientador do nosso sindicalismo "é o de que o sindicato, em nosso país, não é tanto uma técnica de organização profissional; mas, antes de tudo, uma técnica de organização social do povo".

No período contemporâneo, é possível identificar no movimento sindical brasileiro mais de uma ideologia: a *revolucionária*, manifestada por um tipo de sindicalismo conflitivo, fundado na premissa da luta de classes e da necessidade da conquista do poder político como forma eficaz de promoção da melhoria da condição social do trabalhador, e um *sindicalismo de resultados*, pragmático, voltado para a obtenção de bons contratos coletivos de trabalho, sem maiores preocupações políticas, de tipo reformista.

§ 94. Organização dos trabalhadores na empresa

Sumário: 1. Origens históricas. 2. Conceito e natureza. 3. Fundamentos. 4. Direito internacional. 5. Modelos. 6. Eleições, proporcionalidade de representantes, reuniões, assembleias e legitimação processual. 7. Primeiras experiências no Brasil.

1. Origens históricas

Os trabalhadores podem organizar-se na empresa para atuar na defesa dos seus interesses, perante o empregador, e não são recentes as primeiras experiências de participação dos trabalhadores na empresa, reportando-se os seus antecedentes remotos ao período inicial de formação do direito do trabalho, antes mesmo do pleno desenvolvimento da sociedade empresarial e com grande amplitude no período recente. Até mesmo em nível comunitário, na União Europeia, para empresas multinacionais. Essa organização pode ser, em tese, sindical, não sindical ou dupla, dependendo das características de cada ordenamento jurídico.

Na Itália existiram Comissões Internas denominadas *consigli di fabbrica* em 1906 e 1919[1]. Precederam-nas os Representantes de Seção, da Fábrica Godin, na França, em 1846; os Conselhos de Usina, de León

1. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1977, v. 2, p. 1160.

Harmel, Val-des-Bois, em 1885; os Delegados Operários, das Fábricas Schneider, em Creusot, na França, em 1889.

Seguiram-se os Conselhos de Cooperação Industrial, da Espanha, em 1922; os Conselhos de Empresas instituídos por Lei de 4 de fevereiro de 1920, na Alemanha, com base na Constituição de Weimar; os "homens de confiança", também da Alemanha, de 1934 etc.

Esses dados são suficientes para mostrar que sua origem não está identificada com um sistema jurídico. É uma experiência que surgiu de fontes diversas, revestindo-se de mais de uma forma, sempre observando um traço comum, a função de relacionar melhor os trabalhadores com os respectivos empregadores no próprio local de trabalho para o melhor equacionamento dos problemas decorrentes das relações trabalhistas na empresa ou na unidade produtiva[2].

Difundiu-se em diversos países, e na atualidade é uma das formas de relações coletivas de trabalho que maiores atenções vêm recebendo dos doutrinadores, em especial os italianos.

2. Conceito e natureza

Organização dos trabalhadores na empresa, no sentido amplo, é uma forma pela qual os empregados se unem, isto é, o conjunto de meios destinados à discussão e manifestação dos empregados no local de trabalho, tendo em vista o aperfeiçoamento das relações de trabalho internamente.

---

2. A bibliografia sobre representação dos trabalhadores na empresa em outros países é ampla: Manuel Ludevid Anglada, *El sindicato dentro de la empresa*, Barcelona, Ed. Blume, 1979; Gian Carlo Perone, *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa*, Padova, CEDAM, 1981; De Cristófaro, *L'organizzazione spontanea dei lavoratori*, Padova, CEDAM, 1972; Federico Durán López, *La acción sindical en la empresa*: su protección legal, Bologna, PPCE, 1976; Nicole Cátala, *Droit du travail*, l'entreprise, Paris, Dalloz, 1980; Giuliano Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1977, v. 2; Mengoni, La rappresentanza dei lavoratori sul piano dell'impresa, in *La rappresentanza dei lavoratori nel diritto dei paesi membri della CECA*, Luxemburgo, Eurolibri, 1959; Jose Manuel Almansa Pastor, *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Madrid, Ed. Tecnos, 1965; Chambelland, *Les comités d'entreprise*, Paris, 1949; José Luis Dominguez Garrido e Carlos Molero Manglano, *La participación de los trabajadores en la empresa en los países del Benelux*, Madrid, IES, s. d.; J. M. Verdier, *Réalité, authenticité et représentativité syndicale*, Mélanges Brun, Librairie Sociale et Économique, 1974.

Não há ainda conclusões que permitam esclarecer a natureza jurídica da representação dos trabalhadores na empresa, o que depende, também, do tipo de organização adotada.

O primeiro ponto de estudo refere-se ao elemento subjetivo, para alguns tratando-se de representação de vontades e para outros de representação de interesses, tudo indicando que esta última é a mais consistente, uma vez que nem sempre é a vontade, mas, sim, o interesse, o motivo que desencadeia a atividade da representação.

Um segundo ponto de discussão está em saber se a representação é de interesses individuais ou de interesses coletivos, pendendo, Giuliano Mazzoni, para a segunda opção, sob o fundamento de que, estipulando o contrato de trabalho, o empregado aceita fazer parte da organização da empresa e, assim, ser representado pelas comissões internas, ainda que não tenha participado da eleição dos seus membros.

Um terceiro aspecto está em verificar se a representação, pelas suas várias formas, é uma técnica auxiliar do empresário ou apenas um meio de atuação dos empregados no seu interesse, perspectiva que ganha algum sentido segundo uma concepção social de organização da empresa.

Um quarto ponto está em verificar se as formas coletivas de representação são dotadas de personalidade jurídica ou se são institucionais, de fato. As leis de outros países não atribuem personalidade jurídica à representação colegiada, mas há casos nos quais tem sido admitida a sua legitimidade para agir em juízo e, com mais frequência, a sua qualidade para pactuar acordos coletivos de trabalho.

De qualquer modo, a representação é uma forma de manifestação dos trabalhadores perante o empregador, para tutela dos interesses individuais e coletivos, exercida indiretamente, uma vez que não o é pelo empregado mas sim por aqueles que têm o poder de falar em seu nome.

3. Fundamentos

O problema dos fundamentos da organização dos trabalhadores na empresa pode ser discutido sob o prisma da procura da maior efetividade ou da maior representatividade que o sindicato externo, territorial ou de categoria, não vem tendo atualmente na sua plenitude.

Quando essa organização é sindical, o seu fundamento é o princípio da liberdade sindical que, facultando aos trabalhadores organizarem-se livremente, permite a sua organização na unidade produtiva. O direito de organização sindical, de aderir à atividade sindical, é assegurado a todos os trabalhadores no local de trabalho.

De modo amplo, o seu fundamento, para a doutrina social da Igreja Católica, é de direito natural, situando-se no plano do direito fundamental de associação inerente a todo ser humano[3]. Porém, há casos nos quais a forma pela qual os trabalhadores se organizam na empresa não é a de uma associação. Aliás, na maioria dos casos, não é criada uma associação, salvo quando na empresa a forma adotada é a do sindicato em nível de empresa, para representar os funcionários, diferente, portanto, do sindicato por categoria como no Brasil.

Em nível de direito positivo, além da tese do direito de associação, que leva à representação, outras teses podem ser encontradas.

A mais consistente fundamenta a representação no direito de participação dos empregados na empresa. No entanto, representação e participação são conceitos correlatos mas não identificáveis, porque pode haver participação sem representação. A participação se faz por três modos básicos. Um deles, a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, nada tem de representação. Os outros dois, a participação dos trabalhadores na gestão e a participação no capital, são formas ao mesmo tempo participativas e representativas.

Há, por outro lado, formas de participação que em nada se identificam com representação, como estabilidade do trabalhador no emprego, modo de integração na vida e desenvolvimento da empresa.

Outra teoria aponta como fundamento da representação a organização social da empresa, que pressupõe o abandono das concepções individualistas para a adoção de uma política destinada não só à consecução dos objetivos econômicos, mas, também, de finalidades sociais que implicam a distribuição do poder de decisão nas diversas instâncias empresariais. Algumas das modernas teorias de administração da em-

3. A tese da cogestão como direito natural foi reconhecida no Congresso de Bochum pelos católicos alemães em setembro de 1949.

presa admitem a plena participação do trabalhador nas deliberações em diversos graus da hierarquia da instituição, até se elevar ao nível final de decisão pela cúpula da administração empresarial[4].

Há, também, a teoria do interesse coletivo, segundo a qual, além dos interesses individuais, existem, nas relações de trabalho, interesses transindividuais, que são exercitados de forma coletiva, em razão dos quais se impõe, como forma de realização, a correspondente representação dos trabalhadores. A crítica que essa colocação permite é a de que é controvertida a qualificação dos interesses representados, em nível de empresa, como interesses coletivos. Quando há doutrina que os considera interesses plurissubjetivos.

4. Direito internacional

A OIT considera condição de pleno significado da liberdade sindical o reconhecimento, no plano da empresa, da representação dos trabalhadores, segundo a perspectiva traçada pela Convenção n. 87, sobre liberdade sindical.

Com o objetivo de dispensar melhor proteção aos representantes dos trabalhadores na empresa, a OIT aprovou a Convenção n. 135 (1971) e a Recomendação n. 143 (1971) sobre proteção dos membros da representação.

Essa proteção deve ser dispensada pelo direito interno de cada país, como garantia para a ação eficaz dos representantes contra todo ato que possa prejudicá-los, compreendendo a dispensa motivada por sua condição, a filiação sindical ou a participação do representante em atividades sindicais pautadas pela observância da lei.

De outro lado, a OIT sustenta que é necessária a preservação dos meios indispensáveis para que na empresa os representantes dos trabalhadores possam desempenhar sem embaraços as suas normais atribuições, rápida e eficazmente. Nesse sentido é a Convenção n. 98, de 1949, sobre proteção de todo trabalhador contra ato de discriminação restritivo da liberdade sindical em relação ao seu emprego.

---

4. Nesse sentido, são hoje bastante conhecidas as experiências desenvolvidas no Japão.

Finalmente, essas normas internacionais declaram que quando há representantes sindicais e não sindicais devem ser tomadas medidas para que a presença destes últimos não se exercite de forma a debilitar a situação dos sindicatos interessados ou de seus representantes e se desenvolva de modo a fomentar a colaboração entre os dois tipos de representantes.

5. Modelos

São muitos os modelos de organização dos trabalhadores na empresa. Estudo que é dificultado pela sua amplitude e que exige uma exposição o quanto possível objetiva:

a) *cogestionário, conflitual ou integrativo.* O primeiro sob a forma de cogestão da empresa, como na Alemanha, forma de codivisão do poder na empresa entre o empregador e seus empregados, para fins deliberativos, consultivos ou compositivos, no qual os conflitos internos são submetidos primeiramente ao próprio órgão interior que poderá encontrar soluções válidas perante o ordenamento jurídico; o segundo, o modelo conflitual, de contraposição ao empregador, com poderes inclusive para declarar greves e, no caso de entendimento, com o poder negocial para ajustar contratos coletivos; o terceiro, de algum modo também codecisionário, embora sem a forma de cogestão de empresa, quando o órgão dos trabalhadores tem um objetivo diferente daquele perseguido pelo sindicato, não contestativo, de coordenação dos interesses de trabalhadores e empregadores;

b) *por empresa, local de trabalho, unidade produtiva ou estabelecimento, grupo de empresas ou comunitário*, na conformidade do seu âmbito de atuação maior ou menor; este último, o modelo comunitário, adotado na União Europeia para as grandes empresas multinacionais com um número elevado de empregados e com unidades produtivas situadas em mais de um país da Comunidade, para permitir contratos coletivos internacionais em nível de empresa; o primeiro, o modelo *por empresa*, o mais comum, quando há um órgão que atua em nome de todos os trabalhadores de uma empresa; por *unidade produtiva*, conceito de menor espaço do que o de empresa — assemelhando-se ao de estabelecimento — quando, numa empresa com diversas unidades, em cada uma delas, quando o número de empregados nela é

considerável, instala-se um órgão representativo para os trabalhadores na unidade; por *grupo de empresas*, nos casos em que, havendo um grupo empresarial, a representação dos trabalhadores envolve todas as empresas do grupo;

c) *unitário ou de pluralidade.* Aquele, quando existe um só órgão de representação na empresa para todos os trabalhadores; este, atendendo à necessidade de conciliar inevitáveis divergências entre correntes sindicais ou representativas divergentes e que lutam pelo poder dentro da empresa, quando nada impede a existência de mais de um órgão de representação, observando-se que há países, como a Itália, nos quais existem representações unitárias e representações autônomas ou, por outro aspecto, como no Brasil, com as Comissões Especializadas, como as CIPAs — Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, além da Comissão Central;

d) *sindical e não sindical.* Aquele, sob a forma de seção sindical da empresa ou de organização constituída sob o comando do sindicato externo ou quando é criado um sindicato dos trabalhadores da empresa; este quando os trabalhadores se organizam de modo independente e não vinculado ao movimento sindical externo;

e) *colegiado ou individual.* Aquele, quando há um colégio ou conjunto de representantes, como nas Comissões de Representantes; este, quando a representação é por meio de um delegado.

6. Eleições, proporcionalidade de representantes, reuniões, assembleias e legitimação processual

Há diversos aspectos, além dos organizativos, que pela sua relevância na atividade desenvolvida podem ser considerados *modelos internos de atuação* e influir na sua caracterização, e que são os seguintes: a) *forma eletiva ou por designação* para escolha dos representantes; b) composição ampla ou restrita do colégio eleitoral; aquela com o direito de votar para todos os empregados na unidade produtiva ou empresa; esta estabelecendo condições que devem ser preenchidas para que alguém possa votar com exclusões como, a título exemplificativo, de trabalhadores aprendizes, estagiários, trabalhadores temporários, menores, pessoal de alta direção, pessoal que não tenha um tempo mínimo de contrato de trabalho etc.; c) *local para*

reuniões na empresa ou próximo dela, cedido gratuitamente pelo empregador ou a expensas da representação; d) *assembleias* com votação secreta ou aclamação; com a permissão ou proibição da presença de dirigentes sindicais externos; com a pauta da ordem do dia pré-elaborada, apresentada ou não, com antecedência ao empregador; com liberação dos empregados para dela participar no horário do trabalho e ampla liberdade fora desse horário; com a manutenção ou suspensão dos salários das horas de reunião dentro da jornada; com o direito ou não de permanência para reuniões no interior da unidade produtiva durante greve. Como se vê, muitas dessas questões podem ser unilateralmente decididas pelos trabalhadores, mas há algumas, como o pagamento de horas de reunião, que dependem de lei ou de contrato coletivo.

A legitimidade subjetiva processual é questão a ser resolvida pela legislação interna de cada país ou, à sua falta, pela jurisprudência dos Tribunais, abrangendo a importante questão de saber se os órgãos representativos internos devem ou não ter capacidade de ingressar com processos judiciais ou responder por eles, ou se a falta de personalidade jurídica desses órgãos é razão suficiente para afastar essa cogitação, aspecto que não nos parece determinativo porque é sabido que na relação jurídica processual podem figurar entes não dotados de personalidade jurídica, como o condomínio, a massa falida etc.

Negar o direito de figurar numa relação jurídica processual aos grupos inorganizados ou organizados na empresa ou unidade produtiva violaria o princípio constitucional do direito à jurisdição assegurada a cada pessoa individualmente considerada, motivo pelo qual mais grave seria o equívoco se negado o mesmo direito a diversas pessoas com um interesse comum ainda que em razão de conflitos de interesses de grupos na empresa na disputa da sua representatividade para a convivência pacífica entre eles. Não prospera o argumento de que os grupos inorganizados não são associações e só a estas poderia ser atribuída a legitimação processual porque o direito processual admite legitimação ativa ou passiva a sociedades de fato, a condomínios, à massa falida, além da defesa de direitos difusos ou individuais homogêneos, aspectos indicativos da necessidade de uma nova posição diante da questão processual.

A organização unitária na empresa, para bem representar interesses, deve ser proporcional ao número de profissionais de categorias que nela trabalham. Numa empresa média ou grande trabalham pessoas que, no âmbito externo, são de sindicatos diferentes, o da atividade preponderante e os das categorias diferenciadas. Nesse caso, como não é impossível fazer o levantamento do exato número de profissionais que em uma unidade produtiva, por exemplo, são metalúrgicos externamente vinculados ao respectivo sindicato territorial, motoristas que têm o seu sindicato representativo, médicos, advogados, engenheiros, pessoal de informática etc., o critério que permite maior eficácia representativa é, com base no número de profissionais de cada setor, a reserva de um número proporcional de vagas na Comissão.

Importante, também, é a proteção dos representantes, que integram a Comissão, contra atos antissindicais do empregador que, por ter um poder econômico e contratual maior, dispõe de meios para boicotar as atividades da Comissão, como a cooptação de alguns dos seus membros, a estabilidade e a inamovibilidade ou não dos membros da Comissão, a proibição da divulgação de notícias e de boletins internos, a não cessão de local para reuniões, a não liberação de membros da Comissão para horas de trabalho para ela, temas que, em grande parte, podem ser equacionados pela lei ou pelos convênios coletivos.

7. Primeiras experiências no Brasil

No Brasil, surgiram experiências espontâneas, de iniciativa de algumas empresas de grande porte, em especial da indústria automobilística de São Paulo, nas quais os trabalhadores criaram comissões de representação que foram sindicais e não sindicais.

A primeira reação dos sindicatos não foi favorável às comissões não sindicais nas empresas, na suposição de que ficaria atingido o seu poder nas bases. Outro argumento apontado contra a representação não sindical dos trabalhadores foi o da dependência a que ficaria submetida pela natural ascendência do poder patronal sobre os seus empregados.

A lei brasileira prevê as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes — CIPAs, órgãos integrados tanto por trabalhadores eleitos

pelos seus pares como por pessoas indicadas pelo empregador, com atribuições relacionadas à segurança dos trabalhadores.

A Constituição Federal (1988) assegura aos trabalhadores, nas empresas com mais de 200 empregados, a eleição de um representante. A ideia é de uma representação não sindical. A Constituição fixou um mínimo. Nada impede que a empresa admita um representante *por estabelecimento* com mais de 200 empregados ou, mesmo, até mais de um representante; pela lei constitucional de 1988, qualquer que seja o número de empregados, só haverá um representante. No caso de grupo de empresas, a se considerar que do grupo cada unidade é uma empresa, a representação se fará em cada empresa, separadamente. A Constituição não conferiu estabilidade no emprego ao representante. Nem fixou a forma de eleição e a duração do seu mandato. Desse modo, as garantias aos membros das comissões são fundamentadas nas normas internacionais, em especial na Convenção n. 98, da Organização Internacional do Trabalho. A tendência é a ampliação da representação dos trabalhadores na unidade produtiva.

§ 95. Conflitos coletivos de trabalho

Sumário: 1. Natureza e conceito. 2. Classificação.

1. Natureza e conceito

Não há unidade na denominação do fenômeno que estamos estudando e persiste certa indeterminação quanto ao preciso significado de diversas palavras, entre as quais *conflito*, *dissídio*, *controvérsia* e *reclamação*. Nem sempre são tomadas no mesmo sentido.

Waldemar Ferreira[1] afirma que *conflito* é muito mais que dissídio, litígio ou questão. É altercação. Desordem entre duas ou mais pessoas. Choque. Investida. Embate. Luta de forças físicas e morais. Entende que a palavra *conflito*, provavelmente, tenha sido utilizada para dar a medida da aspereza da controvérsia a resolver e aparece em muitas legislações e em muitos tratadistas exprimindo a causa levada à Justiça do Trabalho.

Em maior número, os especialistas preferem a palavra *conflito*, como o fazem Bertrand, Vogel-Polsky, Bastian, Berg, Abellán, Cabanellas, Plá Rodriguez, Rueda, Olea, Givry, Rongère, Grunenbaum-Ballin e Petit, Berenstein, Ghera, Ruprecht, Osorio y Florit, Ramirez Gronda, Ensinck, Cesarino Júnior, Russomano etc., quando tratam do problema da luta entre o grupo profissional e o econômico.

1. *Princípios de legislação social e direito judiciário do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1938, v. 2, p. 52.

Essa é a melhor nomenclatura.

É encontrada em várias legislações e, ainda, nos documentos oficiais da OIT, embora, em outros, esta organização use, ainda, a expressão *reclamações*. Exemplifique-se aquela hipótese com a obra da OIT, *La conciliación en los conflictos de trabajo*, e esta com a Recomendação n. 130, de 1967, sobre *examen de reclamaciones*. Menos frequente é a palavra *controvérsia*. Nem sempre é empregada com o mesmo significado.

Para Carnelutti, há controvérsia quando alguém pretende a tutela do seu interesse relativo à prestação do trabalho, em contraste com o interesse de outro e onde este se opuser. Percebe-se que controvérsia, nesse sentido, é uma situação posterior ao conflito. Seria o conflito em fase de procedimento, judicial ou não, de solução. É essa a colocação de Tissembaum, para quem controvérsia é a apresentação de determinada pretensão à autoridade competente, mediante o devido processo. Nesse caso, controvérsia quase se confunde com processo.

A nossa lei refere-se a *controvérsias* oriundas das relações de trabalho, quando fixa a competência da Justiça do Trabalho, no art. 114 da Constituição Federal. Porém, também usa a palavra *dissídio*, evidentemente com o sentido de processo, tanto assim que a vincula à atuação jurisdicional, para dizer que tanto os dissídios individuais como os coletivos são da competência da Justiça do Trabalho.

Se acompanhássemos a nomenclatura que prevalece no direito processual civil, bastariam duas palavras, uma para indicar uma situação anterior e outra, uma situação posterior ao início da atuação jurisdicional, portanto, litígio e processo.

Podemos, acompanhando os especialistas em direito do trabalho, considerar conflito a oposição de interesses, entre o trabalhador e o empregador, decorrente das relações de trabalho. Esses conflitos são tradicionalmente divididos em *individuais* e *coletivos*.

Para Hélène Sinay[2], a noção de conflito coletivo de trabalho implica a exigência de duas condições cumulativas: a presença no litígio de um *grupo de assalariados* e a existência de um *interesse coletivo* a

2. La grève, in Camerlinck, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1966, v. 6, p. 427.

defender. O aspecto coletivo é marcado pela qualidade das partes e pelo objeto do litígio. A reclamação do sindicato trabalhista, ou de outras organizações sindicais em torno de divergência com o empregador, justifica o recurso aos procedimentos de regulamentação dos conflitos coletivos. Afirma que pode haver conflito coletivo mesmo se nele se puser apenas um assalariado diante do empregador, tal como nas divergências relativas à dispensa de delegado do pessoal ou de membro do comitê de empresa, desde que o sindicato se sinta prejudicado, agindo na defesa do interesse que reputa coletivo. O objeto do conflito coletivo é o interesse coletivo. É o que ocorre quanto à interpretação das cláusulas de uma convenção coletiva ou à sua execução. Também considera coletivos os conflitos que ocorrem por ocasião da revisão ou renovação das convenções coletivas e acordos de empresas, nos quais trata-se não mais de interpretar ou executar, mas de criar direito novo.

Reconhece a possibilidade de coexistência de um conflito individual e coletivo. Nesse caso, o elemento que permite distingui-los é a intenção das partes.

Assim, há casos em que não é possível distinguir o conflito, se individual ou coletivo, mas conveniente determinar sob qual faceta ele se apresenta para as partes.

Baseando-se em Hébraud, afirma que o que distingue o conflito coletivo de uma pluralidade de dissídios individuais simultâneos é a unidade de conjunto resultante da solidariedade conscientemente sentida e pretendida, ao invés da independência de ações paralelas.

Dessa discriminação resultam consequências importantes, em especial a determinação do processo de solução, porque se o conflito é individual caberá a sua decisão ao órgão judicial e se coletivo será submetido, na França, a procedimentos de conciliação e arbitragem.

Observa Giuseppe Federico Mancini[3] que um setor da doutrina, especialmente a inglesa, recusa-se a admitir a diferença entre conflitos individuais e coletivos. Assim, esses conflitos seriam qualificados de

3. *La prevenzione e la composizione delle controversie collettive di lavoro in Italia*, Doc. n. 2.085/68, CEE, 1968, p. 16-9.

um ou de outro modo, segundo os critérios que resultam do direito positivo e do sistema contratual. Daí estabelecer, em face do direito italiano, uma distinção.

Em termos de direito estatal, coletivo é o conflito em que o interesse do grupo é exercitado de modo geral e abstrato. Porém, no sentido lato, é coletivo uma controvérsia, qualquer que seja o número dos conflitantes, na medida em que é assim tratada pelas associações sindicais.

Afirma que a experiência apresenta inúmeros casos nos quais um só trabalhador, reclamando contra sua empresa, é portador de um interesse que transcende a sua esfera pessoal.

Empregado e empregador são protagonistas aparentes de um conflito individual que, na verdade, interessa a todo o grupo de que fazem parte. Surgem controvérsias, portanto, pseudoindividuais mas que têm dimensões que se refletem sobre o grupo. O trabalhador que se põe contra um sistema de remuneração de prêmios instituído pela sua empresa é porta-voz de uma série de interesses homogêneos, já que o sistema interessa a todos os demais empregados da empresa.

Surgem problemas na Itália quanto à competência para a solução de alguns casos, decorrentes da divisão entre a esfera individual, pseudoindividual e coletiva, com implicações quanto à sua apreciação pelos órgãos de jurisdição estatal ou pelo sistema de conciliações e de arbitramentos, alargando-se uma concessão ao sindicato de intervenção como terceiro em conflitos individuais com reflexos coletivos.

Colocação diferente é a de Berenstein[4], para quem "é necessário, para que um conflito exista, que uma ou a outra das partes use meios de combate, como a greve, o *lockout* ou a boicotagem", não considerando como tal aquele em que haja simples desacordo em torno de um ponto de vista. Há conflito quando as partes, em desacordo, recorrem a um meio de luta ou confiam a solução a um organismo público ou convencional.

Há como ponto comum nessas definições a *oposição* ou *desacordo*. No mais diferem porque Berenstein preocupa-se com a forma

4. Le règlement des conflits collectifs du travail en Suisse, in *Études de droit du travail*, Paris, LSE, 1974, p. 51.

pela qual o conflito se revela, para ele o combate; Hélène Sinay e Mancini, com aspectos subjetivo-objetivos, a qualidade dos sujeitos, um grupo de assalariados, não chegando, no entanto, a uma firme conclusão quando passam a admitir que um conflito individual pode confundir-se com um conflito coletivo; coincidem, também, quanto à natureza do objeto, um interesse coletivo, ressaltando Mancini o caráter duplamente condicionado do conflito, já que será coletivo ou individual na conformidade com o direito positivo e de acordo com o critério adotado pela associação sindical ao enfrentar o problema, tanto podendo fazê-lo como conflito individual ou como coletivo.

Como são insatisfatórias essas conclusões, impõe-se a tentativa de completá-las com outras colocações do problema.

Se o fizermos com base na contribuição da sociologia, observaremos que há a escola sociológica, que sustenta a natureza conflitante dos grupos sociais e a consequente impossibilidade de sua integração, porque os movimentos sociais desenvolvem-se naturalmente sob a forma de conflitos, caso em que fica eliminada a possibilidade de uma definitiva integração. Para outros, há um caráter integrativo dos conjuntos sociais não obstante a sua oposição, tese que levaria a uma ordem social sem conflitos[5].

A realidade mostra-nos a sociedade constituída de grupos com interesses divergentes e a ciência jurídica como a teoria da decisão dos conflitos sociais, como uma intervenção contínua do direito na convivência humana, vista como um sistema de conflitos intermitentes, como ressalta Tercio Sampaio Ferraz Jr.

A sociologia do século XX, como afirma Evaristo de Moraes Filho[6], é a ciência do grupo social. Descobriu ela que, dentro da grande humanidade, existe uma infinidade de grupos concretos, de todos os matizes e com os fins mais diversos possíveis. Esses grupos têm elementos comuns, como a interação ou o contato social básico, a solidariedade de interesses materiais ou espirituais, o predomínio dos laços de aproximação sobre os motivos de afastamento etc. O grupo não é

5. Guy Rocher, *Sociologia geral*, trad., Lisboa, Ed. Presença, 1971, v. 4, p. 237.

6. *O problema do sindicato único no Brasil*, Rio de Janeiro, 1952, p. 19.

uma simples reunião de pessoas. Nele há um padrão de interação mais definitivamente constituído, uma consciência comum unificante, um agregado social compreensível como uma totalidade e que, para René Maunier, citado por Evaristo, caracteriza-se pela uniformidade dos sentimentos, pela autoridade que o ordena, pela comunidade entendida como a aproximação corporal das pessoas, periódica ou rítmica.

A profissão, para Evaristo, é um dos traços que podem marcar a existência de um grupo. Os interesses profissionais põem no mesmo barco os ocupantes. A profissão é um grupo social natural. A aglutinação da profissão em associações encontra as suas bases primeiras na própria natureza da operação econômica que realizam os seus exercentes, daí por que há uma naturalidade no fenômeno sindical, para Gallart Folch, um dos fenômenos de maior espontaneidade já produzidos na história social.

Os sindicatos operários vivem, agem, representam interesses nem sempre coincidentes com os interesses do grupo econômico. Os conflitos surgem, portanto, quando os interesses são divergentes. Sempre há uma latente reivindicação. Seria ilusório supor que os trabalhadores estão contentes e nada mais pretendem do Estado e dos empregadores. Assim, como a má distribuição da autoridade gera insatisfação, a má distribuição de riquezas é fator que alimenta a insatisfação. Há, portanto, falhas de estruturas sociais, o inconformismo, com o que não pretendemos ver no homem um feixe de indomados impulsos incontroláveis, mas um ser que, diante dos fatos, assume os mais diferentes comportamentos. Como o homem, os grupos também.

Importa, para o direito, renovando-se, *manter a estabilidade social*.

A instabilidade dos grupos profissionais e econômicos decorre da ausência de normas de justa composição das condições de trabalho, salariais e não salariais. É a *anomia* a causa da intensificação dos conflitos[7]. *Anomia*, para nós, é não só a ausência de normas, mas a exis-

7. A palavra *anomia* foi usada por Durkheim e, mais recentemente, por Robert K. Merton para designar a ausência de normas; há um conceito psicológico e um conceito sociológico de anomia, o primeiro referindo-se a um estado de espírito de alguém arrancado de suas raízes, o segundo, a uma propriedade da estrutura social e cultural. Miranda Rosa, em *Sociologia do direito* (Rio de Janeiro, Zahar, 1977), dedica-se, também, ao tema.

tência de normas que não correspondem às circunstâncias de fato relacionadas com os valores predominantes.

É curioso observar que há um paralelo entre os tipos de comportamento divergentes dos indivíduos, como resposta a uma situação de anomia, e os tipos de reações dos sindicatos classificadas pela doutrina com o nome de ideologias sindicais.

O indivíduo anômico, ensina Merton, terá reações que são alinhadas, como a conformidade, a inovação, o ritualismo, o retraimento e a rebelião.

A doutrina sindicalista sofre a influência de ideias inspiradas em princípios filosóficos, políticos, econômicos e religiosos, daí resultando diversas orientações ou atitudes sindicalistas. Há o sindicalismo revolucionário, inspirado em ideias de fundo anarquista ou comunista-libertário, que considera ineficaz toda ação política e vê na greve geral e na destruição do regime capitalista os únicos métodos de ação sindical. É denominado, também, anarcossindicalismo e encontra suas bases nas ideias de Proudhon, que pregava a impossibilidade de conciliação entre o capital e o trabalho, e nas ideias de Sorel e sua metafísica do sindicalismo. Há o sindicalismo reformista, que se opõe à ação violenta direta, sem repelir a ideia de que o sindicato é um organismo de luta. Preconiza a necessidade da organização dos trabalhadores para inovar as condições de trabalho mediante reivindicações, mas não compartilha da tese de que a violência é o meio indicado. Duguit afirma que o sindicalismo não é uma guerra entre capital e trabalho, mas o meio de pacificação e de união, seguindo-se, após um período de turbação, uma sociedade política e econômica integrada[8]. O sindicalismo cristão, inspirado na Encíclica *Rerum Novarum*, doutrina a ampla colaboração social, reconhecendo a necessidade e a legitimidade da organização sindical, mantida a estrutura econômica da propriedade privada, porém com função social, desenvolvendo-se o sindicalismo como uma ação pacífica, segundo princípios de justiça social e realização do bem comum. Há o sindicalismo nacionalista ou

8. Léon Duguit, *Soberanía y libertad*; lecciones dadas en la Universidad de Columbia, trad., Madrid, Francisco Beltran, 1924, p. 271; *Las transformaciones del derecho*, trad., Buenos Aires, Heliasta.

de Estado, afastado de qualquer orientação política e mantendo-se unicamente no campo trabalhista. Há o sindicalismo de protesto, o sindicalismo contestativo, o sindicalismo de integração nos órgãos estatais ou de íntima relação com o partido político e a ação governamental etc.

O comportamento anômico sindical pode, portanto, revestir-se de diversas formas que vão de um extremo a outro. As suas causas devem ser continuamente analisadas, segundo um princípio de sucessiva produção normativa, capaz de evitar manifestações divergentes que desatendam ao interesse social.

Os conflitos trabalhistas nascem em um *conjunto de circunstâncias fáticas*, basicamente econômicas, que alteram o equilíbrio das relações entre os trabalhadores e os empresários, causando a insatisfação daqueles quanto ao direito existente e que entendem não mais corresponder às pretensões que julgam cabíveis para que possam continuar fornecendo a energia de trabalho aproveitada no interesse da produção.

Não partilhamos da ideia de que só num regime liberal-capitalista o fenômeno possa ocorrer. Também nos regimes socialistas alteram-se, igualmente, essas circunstâncias; surgem novas necessidades e insatisfações decorrentes das modificações que influem nas relações de trabalho. Há conflitos sem combates, basta a contraposição de interesses, às vezes manifestada e resolvida por meios pacíficos.

O conjunto de circunstâncias fáticas geradoras da insatisfação tem âmbito territorial de dimensões diferentes, tanto estendendo-se em uma categoria profissional, em mais de uma categoria profissional, em uma fração da categoria ou entre o pessoal de uma empresa. Seria praticamente impossível chegar-se à essência dos conflitos coletivos trabalhistas, mediante o critério quantitativo do número de interessados. Toda tentativa até hoje se mostrou infrutífera senão frustrada quando se constata que parte da doutrina admite a possibilidade de conflitos coletivos envolvendo, originariamente, um só trabalhador, embora não nos pareça razoável que um conflito possa caracterizar-se como coletivo se nele figura um só trabalhador. É indispensável um vínculo intersubjetivo ligando várias pessoas.

O conflito coletivo não é apenas a insatisfação de um grupo de trabalhadores com as condições de trabalho, mas também a exteriori-

zação dessa insatisfação, expressada como ruptura com o modelo jurídico, pondo em crise a relação coletiva. A exteriorização não observa uma unidade de forma. Às vezes é violenta, como na eclosão da greve. Outras, pacífica, como na reivindicação de um líder pelo grupo. Basta que de algum modo os trabalhadores façam sentir ao empregador que não concordam mais com o modelo jurídico[9] ou o descumprimento de uma obrigação que o rompeu.

O conflito coletivo tem um fim normativo. É o meio de desenvolvimento de uma ação destinada a obter as normas que faltam para que as relações de trabalho prossigam em termos de um equilíbrio que foi afetado pelo interesse coletivo dos trabalhadores em melhores condições de trabalho.

Em sua base está uma problemática de produção de novos modelos jurídicos, de estruturas normativas como unidades integrantes de um conjunto fático-axiológico, que sob a tensão dos fatos e das novas exigências se rompem, uma vez que vivem em função de determinada ordem que nunca se mantém imutável. O conflito é a projeção de um comportamento referível à elaboração de uma norma. A sua tarefa é a de destruição para a reconstrução no plano normativo. Representa o epílogo de uma tensão que implicará o começo de um procedimento genético-jurídico, explicado como movimento dialético.

Segundo a teoria dos modelos, de Miguel Reale[10], o estudo da forma de nascimento das regras de direito, assunto que considera da magna importância, está a exigir a colaboração dos diversos especialistas de todos os domínios do direito, uma vez que, analisando-se a origem da norma jurídica, muito se esclarece quanto à sua adequada interpretação e aplicação.

Lembra que os cultores do direito sempre se ocuparam do problema, como o revelam as contribuições mais variadas, acentuando múltiplos aspectos, entre os quais a força do elemento consuetudinário

---

9. Sobre modelos jurídicos: Miguel Reale, *O direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1968; id., *Teoria tridimensional do direito*, São Paulo, Saraiva, 1968; Enrico di Robilant, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1968; Nicos Ar. Poulantzas, *Nature des choses et droit*, Paris, LGDJ, 1965; Tercio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito*, São Paulo, Atlas, 1977; Bunge, *Teoria e realidade*, São Paulo, Perspectiva, 1974.

10. *O direito como experiência*, São Paulo, Saraiva, 1968.

numa trama de volições anônimas, o papel criador da vontade no processo nomogenético, não deixando de citar que há doutrinas que compreendem o fenômeno em termos de luta de classes, de composição de interesses econômicos, de influências geográficas, demográficas etc.

Reconhece que seria absurdo circunscrever a um limitado número de fatores determinantes a variedade de motivos geradores de uma norma jurídica, mas sustenta que toda norma jurídica corresponde a duas ordens que influem na sua formação, a uma ordem axiológica e a uma ordem fática. Assim, toda norma surge em decorrência de um complexo de exigências axiológicas que provoca a alteração ou a substituição das normas já existentes. Como, no entanto, esse complexo não opera *in abstracto* mas condicionado a um conjunto de circunstâncias, vê na correlação fático-axiológica a origem das normas jurídicas, fruto de uma permanente tensão entre os fatos e os valores que operam no meio social em que o direito é vivido.

É o contraste, portanto, ou o conflito entre valores e fatos, a causa da contínua renovação dos modelos jurídicos que serão observados por um grupo social, desenvolvendo-se a nomogênese jurídica como uma constante reformulação do sistema vigente.

Mas esse procedimento dialético de implicação e polaridade não prescinde de um componente fundamental, o *ato decisório*[11], entendido como a manifestação da qual resulta a escolha, entre as várias opções que se apresentam, daquela que será eleita, pondo termo ao "flutuar das tensões fático-axiológicas" e permitindo que a norma de direito se aperfeiçoe como modelo vigente. É evidente que o ato de escolha é uma resultante de um poder cuja função, no caso, é seletiva e que faz parte como um elo de todo o sistema genético dos modelos jurídicos. Assim, há um processo dialético de composição de interesses em conflito ao qual se subordina a norma jurídica segundo uma exigência de *sistematicidade* e de *dialeticidade* de conotações cada vez mais técnicas para que o arbítrio seja evitado.

---

11. Tercio Sampaio Ferraz Jr., in *A ciência do direito* (São Paulo, Atlas, 1977, p. 41), entende que *positivação* e *decisão* são termos correlatos, para dizer que a positivação do direito é o fenômeno segundo o qual todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na sociedade têm que ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir a validade, tomando *decisão* num sentido lato, a legislativa, a judiciária e outras, pondo a *decidibilidade* como problema central da ciência do direito.

Assim, uma própria determinação de ordem exige a mudança e a reformulação do sistema vigente, sendo ilusória qualquer possibilidade de sua perpetuação, uma vez que é da sua natureza a constância das suas mutações.

Essa teoria explica o fenômeno dos conflitos coletivos.

Não é possível pretender que deixarão de existir, o que seria o mesmo que supor a possibilidade de uma permanência de valores e de uma imutabilidade de fatos.

Estes, os fatos, alteram-se como resultado de uma série de fatores que ocorrem na vida dos grupos sociais e que envolvem aspectos que se relacionam com a ordem política, produção de bens, custo de vida, inflação, automação, desemprego, restrição do mercado de trabalho, maior ou menor segurança das máquinas no trabalho industrial, aumento do volume de vendas nas empresas comerciais, horários em que se faz necessário o trabalho diário dos empregados, os períodos do ano em que os empregadores resolvem despedir em massa os seus empregados, exigências do Poder Público que devem ser cumpridas pelos menores em idade de convocação para o serviço militar, gestação da mulher que trabalha como empregada etc.

Seria infrutífera qualquer tentativa de limitar os fatos que ocorrem na infraestrutura social, tantas são as possibilidades e tamanha a variedade de matizes de que se revestem, principalmente numa época em que o trabalho, ao contrário do pensamento antigo, assume um papel fundamental.

Seria, também, ousada a tarefa de dimensionar o espaço geográfico em que esses acontecimentos vivem e se desenrolam, porque há pequenos e grandes universos nos quais encontram o seu *habitat*, não ultrapassando, às vezes, os limites de um estabelecimento empresarial, outras vezes alcançando esferas amplas, como a ocupada por toda uma categoria profissional ou econômica, não faltando, também, a hipótese de atingirem todo o território de uma nação.

Na mesma medida alteram-se os valores antes reconhecidos como aqueles que representavam uma aspiração dos trabalhadores e novas exigências axiológicas se manifestam, pondo-se numa crescente irradiação que se espraia como as ondas que se abrem em circunferência até atingirem as bordas de um grande lago no qual se agitam.

Pondo-se como evidente um novo complexo de exigências, surge o conflito, fruto da tensão entre os fatos que ocorrem e as novas exigências representadas pelas ideias difundidas e aceitas pelos trabalhadores, como aquelas que devem prevalecer para que possam prosseguir no desempenho das suas atribuições dentro da normalidade de um estágio que perdurará durante algum tempo, mas que, posteriormente, na sequência do procedimento, sofrerá novas tensões que provocarão a mesma necessidade de alteração.

Quando o conflito se exterioriza, rompendo o modelo jurídico trabalhista vigente, começa, subsequentemente, um processo de renovação.

Há povos nos quais a *nomogênese jurídica* dos conflitos coletivos é preponderantemente entregue ao livre jogo das forças dos próprios interessados, que travam um combate direto, sob a forma da greve ou do *lockout* para que o modelo jurídico resulte sem interferências outras que não a supremacia do mais forte, caso em que o *ato de escolha* pertencerá não àquele que tem razão, mas àquele que conseguiu impor-se, subjugando o adversário, para levá-lo a uma capitulação, fenômeno ao qual os processualistas dão o nome de autodefesa ou autotutela dos próprios interesses.

Nesses mesmos sistemas, a simples perspectiva e iminência do combate e do jogo de pressões recíprocas pode criar o clima necessário para que as partes, antes do extremo ponto da capitulação, cheguem a um ajuste que é decorrência de um procedimento negocial coletivo, caso em que o modelo jurídico será uma convenção coletiva de trabalho, expressando-se como acordo intersindical, que interessa a toda uma categoria ou mais de uma, ou acordo coletivo, quando se limita à esfera de uma empresa ou mais de uma empresa.

A esse fenômeno os juristas que se especializam em direito processual dão o nome de *autocomposição*. Realiza-se, em alguns casos, com a intermediação de terceiros, particulares ou funcionários do Estado, cuja tarefa será a de propor, sugerir, formular hipóteses cuja aceitação depende exclusivamente da vontade dos próprios interessados, surgindo, assim, a mediação.

Outras vezes, os interessados assumem um compromisso moral de aceitar a proposta que vier do terceiro, e é o caso da *arbitragem*

facultativa, como, também, o próprio Estado, inegavelmente interessado em que a situação conflitiva não se prolongue, impõe às partes a obrigação de se submeterem, nos moldes da velha experiência australiana, com similar na Nova Zelândia e Inglaterra, o dever de aceitarem essa solução, que, assim, assume a fisionomia de um ato de escolha imposto e não consentido, sendo este o caso da *arbitragem obrigatória*.

Ambas as formas de arbitragem são constitutivas de um laudo arbitral, contendo o novo modelo que deverá prevalecer por algum tempo, enquanto persistirem as mesmas circunstâncias de fato que o determinaram, e prevalecerem os mesmos valores que o grupo reconhece.

O Estado, quando sente a necessidade da modificação do modelo geral, antecipa-se, utilizando-se dos seus órgãos para produzir um novo conjunto normativo que acredita poderá manter o equilíbrio nas relações obreiro-patronais, moldando-o em dimensões diferentes. Ora na dimensão mais ampla, por meio de leis, alterando os seus códigos ou consolidações trabalhistas ou expedindo leis esparsas, porém nunca com a velocidade e presteza que a dinâmica da questão social está a exigir.

Geralmente, quando as leis são promulgadas, já aparecem com o sabor de algo que ficou perdido no tempo.

A lei é um instrumento precioso para a manutenção da ordem jurídica trabalhista, mas não pode, de modo algum, ser a única forma pela qual o problema dos conflitos encontrará a sua solução, uma vez que a relação entre trabalhadores e empregadores é de um dinamismo que a sua lentidão jamais será capaz de acompanhar.

Em alguns casos, o Estado vale-se dos seus órgãos administrativos para intervir, mas hoje tem-se como certo que há inconvenientes insuperáveis que caracterizam essa forma de atuação, sendo predominante o entendimento de que a presença dos órgãos da administração do Estado nos conflitos coletivos deve ser meramente preventiva.

Em outros sistemas o Estado confia o ato de escolha, com maiores ou menores limitações, previstas em lei, aos órgãos jurisdicionais, geralmente especializados em questões dessa natureza, integrados por juízes de direito ou, de forma combinada, por juízes togados e juízes não togados, estes homens com a experiência da vida dos grupos econômicos e profissionais.

Segundo o critério da fonte da qual emana o *ato de escolha* dos novos modelos jurídicos, estes classificam-se em três grupos.

Há modelos resultantes do ato de escolha das próprias partes do conflito coletivo, nascidos, assim, sob o signo da autonomia.

Outros surgirão, unicamente, de ato de escolha imposto por um poder exterior às partes conflitantes, concretizando-se, assim, como expressão de heteronomia.

Finalmente, outros, ainda, advirão de um ato de escolha imposto por uma das partes à outra, que se vê na contingência de ceder porque é mais fraca. Estes são modelos arbitrários e coativos.

Exemplos dos primeiros são, portanto, as convenções coletivas, com ou sem mediação. Dos segundos, os laudos arbitrais e as sentenças judiciais. Dos últimos também a *convenção coletiva*, após uma das partes capitular.

2. Classificação

A divisão que prevalece, quer nos autores, quer nas legislações, é dualista, segundo a qual os conflitos coletivos são *econômicos* e *jurídicos*.

Econômicos quando têm por fim a criação de novas normas de trabalho, especialmente melhores condições salariais. Assim, quando o grupo de trabalhadores inicia um movimento de reivindicação, pretendendo maiores vantagens para os contratos individuais de trabalho, e o fazem em conjunto, unidos como em torno de um interesse comum, o conflito é econômico. A sua característica essencial é de ordem teleológica. Visa a *criar* novos direitos trabalhistas para um grupo.

Quando essa pretensão se instaura na vigência de uma norma coletiva, convencional ou heterônoma, o conflito é de *revisão*, porque, não obstante não terminado o prazo da norma coletiva anterior, as circunstâncias de fato ou outros fatores levam os trabalhadores à convicção de que devem ser reexaminadas as condições de trabalho a que se obrigaram por algum tempo. Assim, também, os conflitos coletivos de revisão se enquadram entre os denominados econômicos, porque é idêntico o seu fim.

Os conflitos coletivos *jurídicos* têm por objeto a aplicação ou interpretação de norma jurídica. Portanto, diferem dos econômicos

porque a divergência está em torno de direito positivo já elaborado, o que não ocorre nos econômicos, nos quais a divergência reside no interesse em elaborar o direito. Assim, quando controvertem os trabalhadores com os empregadores sobre o sentido de uma convenção coletiva de trabalho, sobre a correta ou incorreta aplicação de um regulamento de empresa ou de uma lei, o conflito é jurídico. Essa é a doutrina predominante.

Podem ser alinhadas inúmeras outras classificações.

Há conflitos coletivos *voluntários* e *involuntários*, para alguns autores, como Blasco e Alcazar[12]; há conflitos *justos* e *injustos*, segundo Cabanellas[13]; há conflitos coletivos *interobreiros* e *interpatronais*, segundo Rueda e Miguel Hernainz Marquez[14]; para Jean Rivero e Jean Savatier, há conflitos de *aplicação* e conflitos de *revisão* do direito, denominação que empregam para evitar a palavra *econômico*; há conflitos, para Russomano, *próprios* e *impróprios*[15]; Mario de la Cueva[16], depois de passar em revista as doutrinas francesa, alemã, italiana e sul-americana, admitindo a clássica divisão entre conflitos coletivos jurídicos e econômicos, concorda com ela, subdivide ambos, para afirmar que entre os jurídicos há conflitos que afetam a vida dos grupos profissionais, outros que se referem à interpretação dos contratos coletivos e outros sobre o cumprimento de um contrato coletivo. Nos econômicos, por sua vez, há aqueles em que o fim é a criação de novas normas gerais de trabalho, outros destinam-se à suspensão da vigência das normas já existentes, e outros têm por finalidade a supressão de condições gerais de trabalho vigentes com o fechamento da empresa.

Essas classificações, se bem que apresentem variações, concordam em que o grande tronco dos conflitos coletivos trabalhistas abre-se em dois galhos: os conflitos nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho e os conflitos em que a discussão gira em torno de normas sobre condições de trabalho já existentes.

---

12. *Derecho procesal laboral*, Zaragoza, Libr. Zaragoza, 1974, p. 36.

13. VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 1977.

14. Miguel Hernainz Marquez, *Tratado elemental de derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972, p. 110.

15. *Direito sindical*; princípios gerais, Rio de Janeiro, Konfino, 1975, p. 222.

16. *Derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1960, t. 2, p. 752.

§ 96. A greve e o direito

Sumário: 1. Antecedentes históricos. 2. Direito estrangeiro. 3. Definição de greve e fundamentos. 4. Modalidades. 5. Direito brasileiro. 6. Alterações da Lei n. 7.783, de 1989.

1. Antecedentes históricos

A palavra *greve* parece referir-se a uma praça de Paris na qual os operários se reuniam quando paralisavam os serviços. Nesse local acumulavam-se gravetos (de onde surgiu o nome Grève), trazidos pelas enchentes do rio Sena. Servia de palco para contratação de mão de obra pelos empregadores e de ponto de encontro dos trabalhadores descontentes com as condições da prestação de serviços.

Se a origem do vocábulo é relativamente recente, o fenômeno não o é. Os movimentos de reivindicações sociais são uma constante da história. Em todos os tempos existiram grupos de pressão com objetivos determinados, de natureza profissional ou política.

Já no antigo Egito, no reinado de Ramsés III, no século XII a.C., a história registrou uma greve de "pernas cruzadas" de trabalhadores que se recusaram a trabalhar porque não receberam o que lhes fora prometido. Roma foi agitada por movimentos de reivindicação no Baixo-Império. Espártaco, no ano 74 a.C., dirigiu conflitos. Conta Gutiérrez-Gamero que, de certa feita, "os músicos em Roma se ausentaram em massa da cidade porque lhes fora proibida a celebração dos banquetes sagrados no templo de Júpiter...".

Em 1279, em Douai, os tecelões envolveram-se em luta trabalhista da qual resultaram mortes. Em 1280, os operários de Yprés exigiram melhores condições de trabalho e, no mesmo ano, os trabalhadores têxteis de Provins mataram o alcaide porque este ordenara o prolongamento de uma hora na jornada de trabalho. Em 1358, os lavradores revoltaram-se, movimento conhecido por *Jacquerie*.

No *Ancien Régime*, as greves eram organizadas pelos *compagnonnages*, grupamentos clandestinos constituídos em face da supressão das corporações de ofício e da proibição de associação impostas pela Lei Le Chapelier.

Com a Revolução Industrial, as greves ganharam intensidade. Em Lyon, em 1831, surgiu a primeira grande greve na França, contra os fabricantes que se recusavam a atribuir ao salário uma força obrigatória jurídica, mas simplesmente moral. Ainda na França apareceram greves de *solidarité* (*Rue Transnonain*), greves de *protestation contre un texte législatif* e greves gerais, muitas de fundo político, insufladas pela difusão das ideias socialistas.

A greve chegou mesmo a ser exaltada.

No congresso sindical de 1906 foi aprovada a *Charte d'Amiens*, propondo a ação direta dos trabalhadores. Griffuehles sustenta que a greve educa: "elle éduque, elle aguerrit, elle entraine et elle crée".

Os primeiros funcionários públicos grevistas foram duramente sancionados em 1906 e 1907.

Na França, em 1936, surge um novo tipo, a greve de ocupação de usinas.

Reconheça-se que de certo modo as greves contribuíram para o nascimento do direito do trabalho. Os seus inconvenientes provocaram reações. Os Códigos Penais passaram a considerá-las delito. O Estado punia os grevistas com sanções criminais. Porém, algumas constituições passaram a admitir a greve como um direito dos trabalhadores.

Surgiram três tendências diferentes dos sistemas jurídicos. Alguns simplesmente toleravam a greve, como a Inglaterra. Outros mantiveram a sua punição no campo penal, como nos países totalitários de direita e de esquerda. Outros, finalmente, passaram a regulamentar o direito de greve, limitando-o.

A *Carta Social Europeia* reconhece a greve como um direito. Dispõe o texto (art. 6): "Les Parties contractantes reconaissent le droit des travailleurs et des employers à des actions collectives en cas de conflits d'intérêts, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur".

2. Direito estrangeiro

A *Lei Taft-Hartley* (1947), nos Estados Unidos, faz restrições à greve quando compromete a estabilidade e a segurança nacional.

Na Itália, Espanha, Portugal etc. a Constituição admite o direito de greve.

Na Alemanha, as Constituições de alguns *Länder* as reconhecem (Bremen, Hessen, Rheinland-Pflaz, Sarre).

A doutrina alemã constituiu diversos princípios gerais relativos aos conflitos coletivos, entre os quais o princípio da *Waffengleichheit, Kampfparität* (paridade de armas), o conflito do trabalho como *ultima ratio*, a teoria da *adequação social* (*die Sozialadaquanz des Arbeitskampfes*) e o princípio do dever de neutralidade do Estado nos conflitos sociais (*Staatliche Neutralitätspflicht*).

Segundo a fundamentação de cada princípio, a greve pode ser considerada como um meio de combate simétrico e paralelo entre duas partes sociais; assim como ao empregador é garantido o *lockout*, ao trabalhador, a *greve*, segundo um livre jogo de forças econômicas.

O segundo princípio, da greve como *ultima ratio*, formulado por Nipperdey, significa a sua admissão quando esgotados todos os meios de diálogo e a sua repulsa quando os fins a que se propõe possam ser atingidos por meio das vias judiciais, tudo conforme um princípio da paz social (*Friedenspflicht*). Esse mesmo dever de paz social faz com que durante uma convenção coletiva não possa haver greve destinada a modificar as cláusulas nela estipuladas.

O terceiro princípio, da adequação social, significa o dever de apreciação de um conflito de trabalho segundo a ética social da vida coletiva. Enumera, essa tese, as hipóteses nas quais uma greve é socialmente adequada e, portanto, legítima. Deve referir-se às condições de

trabalho, deve ser dirigida contra a outra parte do contrato de trabalho, o que exclui a greve política contra o Estado, deve ser organizada por um grupo autorizado — o sindicato — e não por uma massa ocasional de trabalhadores, deve ter por fim as relações coletivas de trabalho, deve estar em consonância com os princípios do direito coletivo do trabalho, deve ser utilizada como *ultima ratio*, os atos de greve devem ser francos e leais, devem corresponder a uma ação injustificada do adversário.

O quarto princípio, da neutralidade do Estado, objetiva evitar que o Poder Público venha a pesar sobre o desfecho dessa luta, que deverá desenvolver-se como um jogo de forças econômicas sem qualquer interferência da Administração.

Na Inglaterra, o *Trade Unions Act*, de 1871, assegura a liberdade de associação. Permite, assim, o direito de greve.

Na França a greve é considerada uma das liberdades públicas.

No Leste Europeu a greve é proibida como crime contra a economia.

Portanto, há países nos quais a greve é um direito, geralmente os países democráticos; outros nos quais a greve é um delito; e outros nos quais é uma liberdade.

3. Definição de greve e fundamentos

Greve é um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como *autodefesa*.

O vocábulo autodefesa indica o ato pelo qual alguém faz a defesa própria, por si mesmo. Supõe uma defesa pessoal. É a forma mais primitiva de solução dos conflitos. Segundo Alcalá-Zamora consiste em, com ou sem formas processuais, uma das partes do litígio solucioná-lo impondo à outra parte um sacrifício não consentido por esta. O que a distingue não é a preexistência de um ataque, que falta em várias de suas formas, nem a inexistência de determinado procedimento, que, em certas ocasiões, pode até existir, mas o concurso dessas duas notas, a saber, a *ausência de juiz distinto das partes* e a *imposição da decisão por uma das partes à outra*.

A autodefesa é autorizada pelo legislador, tolerada ou proibida. Exemplo de autodefesa autorizada no direito penal é a legítima defesa e o estado de necessidade. Exemplo de autodefesa tolerada pelo legislador é o duelo em alguns países. Finalmente, exemplo de autodefesa proibida é o exercício arbitrário das próprias razões. São notórias as deficiências dessa técnica. A solução que provém de uma das partes interessadas é unilateral e imposta. Evoca a violência e a sua generalização importaria na quebra da ordem e na vitória do mais forte e não do titular do direito. Diversos ordenamentos jurídicos a proíbem, autorizando-a, apenas, excepcionalmente, porque nem sempre a autoridade pode acudir em tempo a todos os conflitos. Pode-se mesmo dizer que toda a ideia de solidariedade social fica comprometida com a sua adoção e a própria ideia de Estado resulta enfraquecida.

Não obstante, a greve exerce uma pressão necessária que leva à reconstrução do direito do trabalho quando as normas vigentes não atendem às exigências do grupo social. Força o empregador a fazer concessões que não faria de outro modo. Obriga o legislador a se manter vigilante e reformular a ordem jurídica. Logo, apesar dos seus inconvenientes, a greve é necessária e compatível com as estruturas capitalistas.

Na ordem trabalhista, são manifestações autodefensivas a greve e o *lockout*.

Há, na doutrina, diferentes conceituações de greve.

Para Gerhard Boldt[1], é uma interrupção coletiva e combinada do trabalho por certo número de trabalhadores da mesma profissão ou empresa, tendo um objetivo de luta, a fim de que os seus fins venham a ser atingidos.

Paul Hauriou[2] a define como a abstenção combinada e coletiva do trabalho, por um grupo de assalariados, tendo o fim imediato de paralisar a atividade de uma ou mais empresas, para pressionar os empregadores ou terceiros.

---

1. La grève et le "lockout" en droit allemand, in *Le droit du travail dans la communauté*, Luxemburgo, Communauté Européen du Charbon et de l'Acier, 1961, v. 5, p. 96.

2. La grève et le "lockout" en droit belge, in *Le droit du travail dans la communauté*, Luxemburgo, Communauté Européen du Charbon et de l'Acier, 1961, v. 5, p. 160.

Paul Durand[3] propõe a seguinte definição: "toda interrupção de trabalho, de caráter temporário, motivada por reivindicações suscetíveis de beneficiar todos ou parte do pessoal e que é apoiada por um grupo suficientemente representativo da opinião obreira".

Giovanni Tarello[4], depois de uma análise penetrante, conceitua a greve, "pela natureza, uma abstenção do trabalho que vem proclamada com o fim de obter a composição de uma controvérsia de interesses".

Rivero e Savatier[5] formulam a seguinte definição: "A greve é a cessação ajustada do trabalho pelos assalariados, para constranger o empregador, por meio dessa pressão, a aceitar seus pontos de vista sobre a questão que é objeto do litígio".

Para Hélène Sinay[6] a greve é "a recusa coletiva e combinada de trabalho, manifestando a intenção dos assalariados de se colocarem provisoriamente fora do contrato, a fim de assegurar o sucesso das suas reivindicações".

Alfredo J. Ruprecht[7] incluiu na sua longa definição, como um dos seus componentes, o seu fim, "exercer pressão sobre o patrão, com o fim de obter o reconhecimento de uma prestação de caráter profissional ou econômico".

Para Niceto Alcalá-Zamora y Castillo[8], a greve é uma das técnicas autocompositivas de solução dos conflitos.

Em todas essas definições há, como traço comum, o caráter instrumental da greve, meio de pressão que é. Ela não é mais que um dos meios, entre outros que se destinam a compor os conflitos, mais violentos. Os trabalhadores, quando combinam a paralisação dos serviços, não têm por finalidade a paralisação mesma. Por meio dela é que procuram um fim. O fim formaliza-se como acordo, decisão ou laudo

---

3. La grève et le "lockout" en droit français, in *Le droit du travail dans la communauté*, Luxemburgo, Communauté Européen du Charbon et de l'Acier, 1961, v. 5, p. 207.

4. *Teorie e ideologie nel diritto sindicale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972, p. 65.

5. *Droit du travail*, 4. ed., Paris, 1966, p. 180 (Col. Thémis).

6. *La grève*, in Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Paris, Dalloz, 1966, p. 133.

7. *Conflictos colectivos del trabajo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 100.

8. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Unam, 1970.

arbitral. É nítida a diferença entre a *greve* e o *ato de decisão* em que culminará do mesmo modo que entre o meio e o fim.

O que caracteriza doutrinariamente a greve é a recusa de trabalho que rompe com o quotidiano, bem como o seu caráter coletivo. Não há greve de uma só pessoa. Nem haverá, também, sem o elemento subjetivo, a intenção de se pôr fora do contrato para obter uma vantagem trabalhista.

A greve só se configura se observados os seus aspectos formais, previstos nas legislações. A greve não é um fato, mas um ato jurídico, sujeito à forma prescrita em lei, o que elimina o movimento que os franceses chamam de *greve selvagem*, que eclode abruptamente, sem qualquer observância dos requisitos de forma e fora da órbita sindical. A esse movimento não se poderá dar outra qualificação jurídica, ainda que os seus fins sejam justos, a não ser a de ato de indisciplina.

Estão também expungidas do conceito de greve certas figuras antes incluídas. É o caso da "operação tartaruga", redução intencional das atividades para prejudicar o processo de produção; a greve de zelo, na qual o trabalhador esmera-se exageradamente na confecção, mais do que o necessário, burocratizando o serviço; a greve de ocupação, na qual o estabelecimento é tomado pelos trabalhadores; a sabotagem etc. São meios de luta cada vez mais condenados pelo direito do trabalho, antes classificados pela doutrina como tipos de greve, hoje não mais.

O fundamento da greve como direito está no princípio da liberdade de trabalho. Uma pessoa não pode ser constrangida a trabalhar contra a sua vontade e em desacordo com as suas pretensões. Se assim fosse, estaria irremediavelmente comprometida a liberdade de trabalho, valor central que divide dois períodos da história, a escravidão e o trabalho livre. O trabalho não se desvincula da pessoa que o presta e está intimamente ligado à personalidade. O trabalho subordinado é prestado nas sociedades modernas com base no contrato, e este deve ter condições justas e razoáveis.

4. Modalidades

As greves são *legais* ou *ilegais*, com ou sem *abuso de direito*, tudo dependendo das características de cada ordenamento jurídico.

Quanto à extensão, as greves atingem *uma categoria*, *mais de uma categoria*, *uma empresa*, *algumas empresas* ou *setores de uma empresa*, *até mesmo todos os trabalhadores do país*.

Quanto aos fins, as greves são de *reivindicação* e de *cumprimento*, as primeiras tendo como causa a obtenção de novas condições de trabalho e as segundas objetivando a fazer com que o empregador cumpra as obrigações existentes (ex., atraso de salário).

5. Direito brasileiro

O estudo do direito brasileiro comporta a verificação dos aspectos históricos, definição, diferença entre greve e outros atos coletivos de conflito, natureza jurídica, limitações do direito, legitimação para a declaração, período prévio ao início, desenvolvimento e efeitos da greve.

Os *aspectos históricos* compreendem os movimentos previstos e as legislações.

Em nosso país, houve greves no início de 1900 e um pouco antes mesmo.

Edgard Carone (*A República Velha*; instituições e classes sociais, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, p. 215) relata as seguintes greves ocorridas no Brasil: a República inicia-se com a greve na Estrada de Ferro Central do Brasil; repete-se o fato em 1891 e 1893; em São Paulo, uma em 1890, duas em 1891, quatro em 1893, até 1896 uma em cada ano; em Fortaleza, uma em 1891, outra em 1892; a partir de 1900 tornam-se mais frequentes e o Rio de Janeiro é campo de uma batalha de três dias, travada pelos cocheiros de bondes; em 1901, greve dos ferroviários da Sorocabana em São Paulo; em 1902, *lockout* da Companhia Industrial do Rio de Janeiro e, em 1903, 800 trabalhadores das oficinas do Lloyd Brasileiro paralisam as atividades por 8 dias; há repressões violentas em 1904; em maio de 1906, 3.000 ferroviários da Companhia Paulista entram em greve em Jundiaí, Campinas e Rio Claro; seguem-se diversas manifestações iguais, inclusive a greve de 10.000 operários, em maio de 1907, em São Paulo.

A greve, até 1900, caracterizou-se como um fato social tolerado pelo Estado, intensificando-se a partir de 1919.

O Código Penal de 1890 (Dec. n. 847, de 11 de outubro) proibiu a greve mesmo pacífica, por inspiração do Código Penal da Itália de 1889. Foi alterado pelo Decreto n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890,

que passa a punir apenas a violência no exercício da greve, circunstância que, para Evaristo de Moraes, significou o primeiro reconhecimento do direito de greve no nosso país.

A Lei n. 38, de 1935, Lei de Segurança Nacional, considera a greve delito.

A Constituição de 1937, no art. 139, encarnando o espírito de Estado Novo, dispõe: "... A greve e o *lockout* são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalhador e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional", o que leva Pontes de Miranda a dizer que o Brasil seguiu o caminho dos países totalitários.

O Decreto-lei n. 431, de 1938, sobre segurança nacional, considera crime o incitamento de funcionários públicos ou servidores do Estado à cessação coletiva, total ou parcial, dos serviços a seu cargo.

Houve a adoção no Brasil dos modelos processuais italianos da época: a criação da Justiça do Trabalho, prevista pela Constituição de 1937 e instalada em 1941 com poderes para decidir os conflitos coletivos de trabalho mediante sentenças normativas; a extensão desse poder tanto para conflitos econômicos como jurídicos; e a instauração *ex officio* do dissídio coletivo em alguns casos.

Inclua-se o debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira, o primeiro pela adoção desses modelos e o segundo pela restrição ao poder normativo da Justiça do Trabalho, entre os fatos relevantes que contribuíram para a evolução das ideias sobre greve em nosso país.

Foi mantida essa diretriz restritiva do direito de greve com o Código Penal de 1940, que pune a violência contra coisa e pessoa na greve, mas também a paralisação do trabalho desde que seguida de perturbação da ordem pública ou quando contrariar o interesse coletivo (arts. 200 e 201), e o Decreto n. 1.237, de 1939, que se transformou no art. 722 da CLT, punindo os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do Tribunal do Trabalho, viessem a abandonar o serviço ou desobedecer decisão judicial.

A primeira lei ordinária disciplinando a greve foi o Decreto-lei n. 9.070, de 1946, que a definiu, facultou-a apenas nas atividades acessórias e, depois de ajuizado o dissídio coletivo, criou formalidades e considerou como falta grave o descumprimento dos prazos e procedimentos legais.

Houve discussões sobre a inconstitucionalidade do Decreto-lei n. 9.070, uma vez que entrou em vigor no regime proibitivo da Constituição de 1937. Porém, surgiram decisões do Supremo Tribunal Federal considerando compatíveis as duas normas jurídicas[9]. Diversas decisões judiciais foram proferidas considerando justa causa o descumprimento dos prazos legais, a greve em atividades acessórias após o ajuizamento do dissídio e a participação em greve ilícita[10].

Sob a nova influência da Ata de Chapultepec (1945), pela qual os países americanos comprometiam-se a reconhecer o direito de greve, o Brasil, na Constituição de 1946 (art. 158), declara: "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará". Surgiram, nos debates parlamentares, oposições quanto à parte final do texto, considerada por uns como limitativa do direito.

Para alguns juristas, deu-se a revogação do Decreto-lei n. 9.070 pela Constituição de 1946.

Seguiu-se, no governo de João Goulart, período de intensificação das greves. Com a Revolução de 1964 entrou em vigor a Lei n. 4.330, do mesmo ano, revogando o Decreto-lei n. 9.070. Mais tarde, a Constituição de 1967 (art. 165, XXI) admite o direito de greve, proibindo-o, no entanto, nos serviços públicos e atividades essenciais (art. 162). Para enumerar as atividades essenciais nas quais a greve foi proibida editou-se o Decreto-lei n. 1.632 (1978). Duas normas não trabalhistas que tiveram direta interferência no direito de greve são o Decreto-lei n. 941 (1969), prevendo expulsão de estrangeiro que atentar contra a segurança nacional, e a Lei n. 6.620 (1978), a Lei de Segurança Nacional, prevendo punições àqueles que incitarem a paralisação de serviço público e atividade essencial e a punição dos grevistas nessas atividades.

A Constituição Federal de 1988 (art. 9º) trouxe alterações até certo ponto expressivas, modificando, em alguns aspectos, o sistema até então existente e que em nenhum momento conseguiu eficácia. Ao

9. STF, RE 48.207-SP, Rel. Min. Luiz Gallotti.

10. TST, Ac. n. 2.440/50, *DJ*, 18 dez. 1951, p. 4876, Rel. Min. Waldemar Marques; TST, Ac. n. 2.928/50, *DJ*, 24 nov. 1951, p. 4482, Rel. Min. Delfim Moreira; TST, Ac. n. 5.221/50, *DJ*, 16 jun. 1952, p. 2678, Rel. Min. Caldeira Neto.

contrário, as inúmeras proibições de greve nunca foram obedecidas pelos sindicatos, como fica demonstrado pelas diversas greves políticas, de solidariedade, em atividades essenciais, nos serviços públicos e sem o cumprimento das formalidades legais, que foram realizadas em todo o País, o que mostra que a lei não é um instrumento capaz de evitar ou paralisar greves. As proibições *a priori* constantes da Lei n. 4.330, de 1964, e da Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, foram substituídas pela ampla autorização da greve, admitida pela Constituição de 1988, que consagra o *princípio da responsabilidade* fundado no abuso de direito, com o que um novo ponto de equilíbrio caracterizou o modelo. O direito de greve adquiriu extensão jurídica nunca igualada nas Constituições anteriores, uma vez que compete aos trabalhadores definir a oportunidade e os interesses a defender por meio dele. A Constituição foi regulamentada pela Lei n. 7.783, de 1989.

É preciso entender, no entanto, que o ato coletivo protegido pela Constituição de 1988 é a greve. Logo, não estão compreendidos no âmbito da proteção constitucional outros atos coletivos de protesto não identificáveis com a greve, como é o caso da ocupação do estabelecimento, da sabotagem, da boicotagem etc.

Sabotagem, cuja origem está no vocábulo *sabot*, que quer dizer tamanco, meio empregado por mulheres para destruir máquinas como protesto contra o empregador, é a danificação de bens e da propriedade alheia como forma de manifestação.

Boicotagem, palavra que encontra origens no nome próprio do Capitão Boycot, latifundiário da metade do século XVIII, da Irlanda, que ficou isolado pela recusa de colaboração dos trabalhadores a ponto de ter de abandonar a localidade onde vivia, é a não colaboração dos trabalhadores com a produção e que se traduz, entre outras formas, pela denominada greve de zelo ou greve tartaruga ou, ainda, greve de cumprimento rigoroso dos regulamentos, formas de protesto coletivo que não se configuram como paralisação da atividade, portanto de difícil enquadramento no conceito jurídico de greve.

A *ocupação do estabelecimento* também não é greve. É invasão da propriedade alheia. Autoriza a desocupação correspondente pelas formas usuais, que são as medidas possessórias requeridas judicialmente.

Portanto, os atos coletivos de protesto que não tipificam a greve não podem ser enquadrados no respectivo conceito, ficando fora da proteção constitucional.

Quanto à *natureza jurídica da greve*, nosso direito a caracteriza não como um fato social ou um ato antijurídico, mas como um direito reconhecido em nível constitucional. Todavia, não é um direito absoluto, mas relativo, passível de limitações impostas pela ordem jurídica.

As *limitações do direito de greve* dizem respeito às *pessoas*, aos *fins*, ao *momento* e à *forma* da greve.

Entre as pessoas que não podem fazer greve estão os servidores públicos militares. Quanto aos servidores civis, estão autorizados, nos termos e limites definidos mediante lei especial, da mesma maneira que se acham permitidos, pela Constituição (art. 37, VI e VII), a fundar sindicatos. Os trabalhadores que exercem atividades essenciais também não estão proibidos, porém o exercício do direito é sob condição — o atendimento dos serviços e das necessidades inadiáveis da comunidade. A lei ordinária relaciona essas atividades. As três posições teóricas aqui encontradas são pela proibição total da greve nesses serviços, tendo em vista o interesse maior da coletividade no seu funcionamento; pela permissão ampla em face da necessidade de garantir a igualdade dos direitos dos trabalhadores e não discriminá-los em função do tipo de serviço que prestam; e pela permissão da greve sob condição, com o funcionamento de turmas ou grupos que conservem, para casos urgentes, a atividade fundamental.

Quanto aos *fins*, a motivação da greve é confiada aos próprios trabalhadores, cabendo-lhes definir a oportunidade e os interesses a defender pelo exercício do direito de greve. Porém, as greves de política pura, que são as insurrecionais, contrariam o princípio do art. 136 da Constituição, que dispõe sobre a defesa do Estado. Não é semelhante o que ocorre com as greves de política trabalhista, como aquelas que se destinam a reivindicar a adoção de uma política salarial favorável aos assalariados. As greves de solidariedade, a rigor, não são proibidas pela Constituição. São aquelas em que os trabalhadores paralisam os serviços não porque tenham um pleito próprio, mas em apoio a reivindicação de terceiros. A solidariedade na mesma categoria pode assumir feição de interesse comum, não sendo greve de solidariedade no sentido habitual da expressão.

Quanto ao *momento da deflagração*, não há como respaldar a greve na vigência de acordo ou convenção coletiva. O fundamento da proibição é o princípio do *pacta sunt servanda*. Trata-se de um princípio geral do direito. O acordo faz lei entre as partes. Só pode ser rompido diante da substancial alteração das condições em que foi pactuado, aplicável aqui também a teoria da imprevisão dos contratos.

A Constituição dispõe que compete aos trabalhadores definir a oportunidade da greve. A palavra *oportunidade* quer aqui dizer *conveniência*. Não significa momento, e se fosse assim estariam autorizadas greves em qualquer tempo, até mesmo logo após a composição do conflito. A greve sempre deve ser precedida de negociação.

Quanto à *forma*, a greve é um ato jurídico que, como tal, está sujeito à observância dos requisitos exigidos pela lei, entre os quais são comuns a sua declaração, o aviso prévio ao empregador e o início de negociações.

A legitimação para a declaração da greve é dos sindicatos. São eles os representantes dos trabalhadores. Defendem os interesses coletivos. A greve é um ato coletivo. É obrigatória a participação dos sindicatos na negociação. A greve é um direito individual de exercício coletivo. As Constituições anteriores que autorizaram a greve sempre atribuíram o direito aos trabalhadores. As leis sempre exigiram, como é correto, a declaração sindical por meio de assembleia.

A greve não deve ter início com a ocupação do estabelecimento, caso em que se transformaria em ato coletivo violento de protesto, descaracterizado como greve.

Os *efeitos da greve* são de mais de um tipo. Primeiro, a manutenção de algumas garantias aos grevistas, entre as quais, por exemplo, a organização de fundos de greve para a obtenção de meios econômicos destinados a amparar os trabalhadores que ficarão privados dos seus recursos para atendimento das necessidades vitais. Segundo, a interrupção do contrato de trabalho durante os dias de paralisação, caso os salários venham a ser pagos, com o que o tempo de serviço será normalmente contado na antiguidade do trabalhador. Todavia, não pagos os salários, o período de afastamento será caracterizado como suspensão do contrato de trabalho, sem esses efeitos.

O *abuso de direito* e a *ilicitude da greve* geram consequências também, e que se expressam pela prática de atos contrários à lei. Por exemplo, a greve sem o atendimento às necessidades e serviços inadiáveis da comunidade e a prática de atos coletivos que não se configuram como greve por serem ilegais, como a ocupação, o apossamento de bens, a sabotagem etc., são causas que podem sujeitar os responsáveis às penas da lei. A responsabilidade civil pelos danos materiais causados é uma das formas de reparação do abuso de direito praticado pelo sindicato, e a dispensa por justa causa é a sanção maior a que está sujeito o trabalhador pelos excessos que praticar.

6. Alterações da Lei n. 7.783, de 1989

A Constituição Federal de 1988 foi regulamentada pela Lei n. 7.783, de 1989, que contém, entre outras, as seguintes disposições: a) a existência de prévia tentativa de negociação coletiva antes da greve; b) aviso prévio de 48 horas ao empregador, de 72 horas em se tratando de greve em atividades essenciais e, nestas paralisações e em igual prazo, comunicação aos usuários do serviço; c) fixação do *quorum* das assembleias de deliberação pelos próprios sindicatos em seus estatutos; d) nas categorias inorganizadas em sindicatos, eleição de comissão de negociação pelos trabalhadores interessados, inclusive com capacidade postulatória para representar os trabalhadores em dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho; e) autorização de piquetes de convencimento; f) salários dos dias de paralisação só devidos por acordo ou decisão judicial; g) manutenção dos equipamentos da empresa que não possam ficar paralisados por meio pessoal indicado pelo sindicato ou, à falta de acordo, contratado pela empresa; h) relação dos serviços ou atividades essenciais; i) proibição de paralisação dos serviços cuja cessação pode pôr em risco a sobrevivência e a saúde ou a segurança da população; j) punição do abuso de direito configurado pelo descumprimento da lei; l) proibição do *lockout* trabalhista.

§ 97. "Lockout"

Sumário: 1. Definição e aspectos gerais.

1. Definição e aspectos gerais

Lockout *é a paralisação das atividades pelo empregador, como forma de solução de um conflito, ato autodefensivo previsto em alguns sistemas jurídicos, simplesmente tolerado em outros.*

Dupeyroux o define como "o fechamento provisório de uma empresa ou de um estabelecimento por decisão unilateral da direção", definição que recebe a crítica de Alain Ramin[1], que a julga incompleta porque não menciona o que considera fundamental, a "pressão sobre os assalariados".

É de importância secundária a figura do *lockout* na época contemporânea. Praticamente desapareceu. Significa a paralisação temporária das atividades imposta pelo empregador. Assim, o grupo de operários é obrigado a parar o trabalho porque o seu estabelecimento é fechado pelo patrão. Não se confunde o *lockout* com o fechamento do estabelecimento por motivos de ordem econômica. Configura-se com a cessação da atividade como ato de protesto ou de luta do empregador contra os empregados.

Doutrinariamente o *lockout* é considerado por alguns como lícito, encontrando fundamento no princípio da liberdade de trabalho, corre-

1. *Le "lockout" et le chômage technique*, Paris, 1977, LGDJ, p. 182.

lativo à greve. É comparável ao poder de polícia, manifestado pelo empregador, no seu estabelecimento, para manter a ordem e a disciplina que intenta impor. Para outros, o *lockout* é ilegítimo, sendo uma falta contratual, uma vez que significa o descumprimento, pelo empregador, da sua obrigação de conceder trabalho aos empregados.

Na doutrina há três teses.

Para a primeira, o *lockout* enseja a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado. É sustentada por Paul Durand e Vitu. Baseia-se no caráter alimentar do salário, necessário para a sobrevivência dos trabalhadores, prejudicado nos casos de *lockout*.

Para a segunda, opera-se simples *suspensão* do contrato de trabalho enquanto perdurar o *lockout*.

Para a terceira, ao empregado é assegurada uma opção, facultando-se-lhe dar por rescindido o contrato ou simplesmente considerá-lo suspenso, segundo os seus critérios de conveniência.

A Lei n. 7.783, de 1989, proíbe o *lockout* com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos empregados.

§ 98. Convenções coletivas de trabalho

Sumário: 1. Denominação. 2. Organização Internacional do Trabalho. 3. Direito estrangeiro. 4. Natureza jurídica e definição. 5. Modalidades. 6. Relações com o contrato individual de trabalho. 7. Relações com a lei. 8. O contrato coletivo de trabalho. 9. Aplicação dos instrumentos coletivos. 10. Autonomia e negociações coletivas na América Latina. 11. Pactos sociais.

1. Denominação

Contrato coletivo de trabalho é termo bastante usado, inclusive por Armand Kayser, no seu ensaio *As fontes do direito do trabalho no direito dos países-membros da comunidade*; Gerhard Boldt, em *As fontes do direito do trabalho na Alemanha*; Paul Durand, em *As fontes do direito do trabalho na França*; Luigi Mengoni, em *As fontes do direito do trabalho na Itália*; Molenaar, em *As fontes do direito do trabalho na Holanda*; Charles de Vischer, na Bélgica, que deu ao seu livro o título de *Le contrat collectif de travail*; Barthélemy e Reynaud, que escreveram, em 1921, *Le contrat collectif en France*; Francesco Consentini, que em seu livro *La reforma de la legislación civil y el proletariado* também adotou o termo contrato coletivo de trabalho; Mazzoni, d'Agostino, Greco, Jaeger, Zanobini, Ranelletti, Alfredo Rocco, Ardau, Aldo Cesari, Giacomo de Tomaso etc.

Mario de la Cueva, no México, fala em *contrato coletivo* e em *contrato-lei* conforme os efeitos sejam menores ou maiores.

Convenção coletiva de trabalho generaliza-se, ultimamente. Um dos mais recentes livros franceses, *Traité de droit du travail*, dedica um volume às *Conventions Collectives*, termo adotado por um dos seus autores, professor da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Toulouse, Michel Despax, com a ressalva, no entanto, de que tal expressão não é sempre utilizada pelas organizações sindicais francesas patronais e operárias, nas quais são correntes as palavras *Acordo* ou *Protocolo de Acordo*, entendidas como uma negociação à margem da regulamentação legal.

Juan Pozzo, na Argentina, também usa o termo "convenção coletiva de trabalho". Idêntica é a preferência de Ernesto Krotoschin, também na Argentina, e de Rivero e Savatier, na França. Aimot, em artigo publicado na revista *Droit Ouvrier*, usou o título *Les conventions collectives de travail*.

O *Bureau International du Travail* tem uma publicação intitulada *Les conventions collectives*.

Outras denominações podem ser encontradas: *convênios coletivos* (Deveali e Barassi), *contratos de tarifa* (autores alemães), *concordatas de tarifas* (Giuseppe Messina), *regulamento coletivo* (Carnelutti), *contrato legal de trabalho* (Rossoni), *concordata intersindical* (Costamagna), *acordo intersindical* (Alfonso Sermonti), *regulamento intersindical* (Dario Guidi) etc.

Convenção coletiva é nome adotado, também, por M. Dourche, em *Conventions collectives relatives aux conditions de travail* (Paris, 1907); M. Nast, autor de *Les conventions collectives relatives à l'organisation de travail* (Paris, 1907); Passama, em *Les conventions collectives relatives aux conditions de travail en droit privé français* (Paris, 1908); Rafal, autor de *Conventions collectives relatives aux conditions de travail en droit français* (Paris, 1913); e Groussier, na obra *La convention collective de travail*, 1913.

No Brasil, o Decreto Federal n. 21.761, de 1932, e a Constituição Federal de 1934 empregaram a expressão *convenção coletiva de trabalho*, reproduzida pela Constituição de 1946, pela Constituição de 1967 e pelo Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1968, modificando a redação dos arts. 611 e 625 da CLT, que adotava o termo *contrato coletivo*.

2. Organização Internacional do Trabalho

A OIT incentiva as convenções coletivas de trabalho, como forma de autocomposição dos conflitos coletivos.

As Convenções ns. 98 e 154 têm por finalidade fomentar a sua utilização.

A Recomendação n. 91, de 1951, sugere normas sobre procedimento das negociações, efeitos, extensão, critérios interpretativos e controles de aplicação das convenções coletivas.

3. Direito estrangeiro

As convenções coletivas são difundidas em diversos países, especialmente aqueles nos quais as atividades sindicais são mais amplas.

Desenvolveram-se em dois períodos, na fase contratual, subsequente às primeiras conquistas das classes trabalhadoras por meio de greves, sabotagens e outras ações coletivas contra os empregadores, surgindo como um instrumento de pacificação espontâneo, fruto do próprio meio econômico-profissional, e em uma fase regulamentar, caracterizada por sucessivas leis estatais, visando a incorporar e consolidar as convenções coletivas de trabalho no ordenamento jurídico.

Não há uniformidade de dados sobre a origem histórica das convenções coletivas de trabalho. Wilson Randle relata que em 1799 uma delegação de representantes de sapateiros de Filadélfia apresentou reivindicações aos empregadores, sob a forma de uma lista de preços, daí surgindo, ao que parece, o primeiro exemplo de contratação coletiva nos Estados Unidos. Philipp Lotmar refere-se a dois contratos coletivos de tecelões de Speyer, dos anos de 1351 e 1362. Hueck-Nipperdey mencionam dois contratos coletivos, de 1363, entre tecelões de Estrasburgo, e de 1437, beneficiando ferreiros de Thor. Franz Hemala aponta uma convenção coletiva, dos sapateiros de Emerich, de 1460.

Para a OIT as convenções coletivas surgiram na Inglaterra.

As primeiras leis do continente europeu que reconheceram as convenções coletivas de trabalho foram o Código Civil holandês, de

1º de fevereiro de 1909, o Código Federal das Obrigações da Suíça, de 1º de janeiro de 1912, a Lei alemã sobre contratos de tarifa (*Tarifvertragsverordnung*), de 23 de dezembro de 1918, e a Lei francesa de 25 de março de 1919.

Nos Estados Unidos as normas que regulamentam as relações de trabalho estão contidas em sua quase totalidade em convenções coletivas, cujo papel é dos mais relevantes para a ordem jurídica. Essas normas caracterizam-se como um direito espontâneo, não estatal, elaborado pelos próprios grupos de trabalhadores e empresários.

Na França, Itália e Inglaterra também são bastante difundidas, constituindo um procedimento normal e rotineiro utilizado pelos sindicatos e empresas. As principais normas sobre dispensa de empregados na Itália estão contidas em lei, mas também em um *acordo coletivo de caráter nacional*. No direito peninsular deu-se destaque ao princípio da autonomia privada coletiva. Na União Europeia é valorizado o princípio do diálogo social.

4. Natureza jurídica e definição

A Recomendação n. 91 da OIT define convenção coletiva como "todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por um lado, e, por outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, em sua falta, representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por este último, de acordo com a legislação nacional".

No Brasil, a lei a define como o "acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho" (CLT, art. 611).

São elementos da definição legal: a) a natureza autocompositiva e consensual das convenções coletivas, que são ato negocial bilateral, resultando, portanto, do ajuste de vontade entre os representantes dos grupos trabalhistas e empresariais; b) a natureza de norma jurídica,

apesar de não ser elaborada pelo Estado, mas por ele autorizada e reconhecida, integrando o sistema jurídico com eficácia e validade de aplicação assegurada pelos órgãos jurisdicionais, não tendo o poder, no entanto, de revogar lei, mas podendo dispor de modo mais favorável ao trabalhador, desde que não existam leis sobre a mesma matéria e que sejam proibitivas; c) os sujeitos que participam da negociação, dispondo a Constituição Federal de 1988, art. 8º, VI, que é obrigatória a participação dos sindicatos naquela; d) os seus níveis, que são dois, a categoria e a empresa, resultando, respectivamente, do primeiro as convenções coletivas de trabalho e do segundo os acordos coletivos; e) o seu conteúdo, que é *obrigacional*, quando se tratar de cláusulas estabelecendo direitos e deveres que vinculam direta ou indiretamente as próprias obrigações estipulantes, e normativo, constituído das cláusulas destinadas a fixar normas para os contratos individuais de trabalho, salariais ou de outra natureza; f) o seu âmbito de aplicação, que é o representado pelas organizações convenientes.

A discussão fundamental sobre a natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho pode ser resumida na existência de três concepções diferentes, como passamos a ver:

1) *A concepção contratual*

Sustenta o caráter obrigacional das convenções coletivas, sua origem emanada da vontade das partes contratantes e sua aplicação, por consequência, no âmbito restrito daqueles que se obrigaram. Os juristas clássicos, principalmente, procuraram explicar a convenção coletiva, figura nova nos quadros do direito, mediante critérios civilistas.

2) *A concepção regulamentar*

Os partidários dessa teoria mostram a impossibilidade de enquadramento das convenções coletivas nos esquemas da teoria contratual clássica, tendo em vista que é aplicável aos membros de um grupo ou profissão. Seria uma convenção-lei porque não se destina a criar situações jurídicas subjetivas, mas a estabelecer modelos que servirão de norma na estipulação de contratos individuais de trabalho.

3) *A concepção mista*

Alguns autores procuram mostrar a natureza dupla das convenções coletivas, que seriam *contratuais* na sua elaboração, emanada de acor-

do de vontades, e *regulamentares* nos efeitos, que alcançam não só os signatários mas outras pessoas também.

As convenções coletivas de trabalho devem ser entendidas como *normas jurídicas de natureza econômico-profissional*. Nos primeiros estudos, surgiram como figura do direito comum por decorrerem de um ajuste de vontades entre dois grupos sociais, daí a corrente civilista, estritamente contratual, manifestada numa época em que o direito público ficava reservado para, quase exclusivamente, regular as atividades do Estado. Tentou-se a fundamentação da nova figura no âmbito do direito privado, recorrendo-se às instituições de então. As teorias da convenção coletiva como *contrato preliminar* (Jay), como *contrato de adesão*, como *mandato*, como *estipulação em favor de terceiro*, mostraram-se insuficientes para explicar o fenômeno da aplicação dos seus efeitos mesmo sobre não contratantes.

Assim, a *eficácia normativa* e o *efeito ultracontraente das convenções coletivas* forçaram uma reformulação nas teorias civilísticas de base contratual. As convenções coletivas passaram a ser concebidas como *uso industrial* exigível perante os Tribunais, oponível aos trabalhadores e empregadores não representados pela entidade sindical convenente. No entanto, como os usos não são escritos e nascem espontaneamente da vida do grupo social, sem a formalização das convenções coletivas, também esta tese não resistiu à crítica.

Várias formulações sucederam-se, entre as quais a da *representação legal*, sustentando que as convenções coletivas deveriam ser explicadas simplesmente como o resultado de um poder concedido pela lei às representações profissionais e econômicas, para convencionar condições de trabalho em nome dos seus associados e a todos os que pertencessem à profissão, daí por que obrigariam às pessoas que se situassem no seu âmbito de representação.

A teoria do *pacto social* (De Vischer) aparece com sinais marcadamente normativistas; as convenções coletivas têm o caráter de *convenção-lei*, uma lei profissional de duas categorias, prevalecendo a vontade da maioria, que se impõe aos demais.

De inspiração francesa, surgiu a teoria da *solidariedade necessária* (Rouast), sustentando que as convenções coletivas pertencem a um

direito coletivo, superior aos direitos individuais, e são obrigatórias mesmo em relação aos não contratantes pela necessidade social de subordinação do indivíduo ao interesse coletivo; assim, uma razão de solidariedade social explicaria esse fenômeno da sua imposição geral.

Ao lado dessas orientações, incluam-se outras, fundamentadas no direito público. Umas, considerando o sindicato órgão de direito público, procuram explicar, por esse fato, o seu poder normativo. O corporativismo deu um impulso extraordinário pretendendo a transposição das convenções coletivas do âmbito do direito privado para o do direito público, em face do caráter estatal das corporações e do seu poder regulamentar. Simultaneamente, o *institucionalismo*, atribuindo às organizações profissionais e econômicas um poder disciplinar e de direção, pois a instituição pressupõe uma personalidade fruto de uma ideia que se objetiva e perdura, superior e transcendental, independente dos indivíduos que a compõem, intentou, com esses fundamentos, justificar o efeito das convenções coletivas sobre as pessoas que não a autorizassem.

Declinou a noção contratual, principalmente no México, com a teoria do contrato-lei de Mario de la Cueva, para quem as convenções são de dois tipos, um deles o contrato-lei, aplicável genericamente, mesmo a não convenentes e/ou não associados dos sindicatos estipulantes.

De Litala afirma que as convenções coletivas *têm o valor de lei*, sem se tornarem leis porque o seu âmbito não é o da sociedade em geral.

Botija sustenta que as convenções têm corpo de lei e alma de contrato, frase também de Carnelutti. Esses pressupostos fizeram nascer a *teoria normativista ou regulamentar*, acolhida pelo direito brasileiro.

Por acordo de caráter normativo só se poderá entender todo aquele que, a exemplo da lei, for eficaz, mesmo ultraestipulante. Portanto, aplicam-se as convenções coletivas a todos, empregados e empregadores, desde que pertençam ao âmbito da representação profissional ou econômica dos sindicatos convenentes. Assim, o direito brasileiro filia-se à corrente normativista. As convenções coletivas são normas jurídicas. Aproximam-se mais das leis do que dos contratos. Os seus efeitos, in-

confundíveis, impedem que a posição contratualista mantenha-se entre nós. Note-se que os efeitos das convenções coletivas recaem sobre *a categoria* de empregados ou empregadores e não somente sobre os empregados ou empregadores filiados aos seus respectivos sindicatos.

Não há argumentos maiores que possam refutar o caráter normativo das convenções coletivas e a sua inclusão ao lado das demais normas do direito positivo.

O problema da positividade de uma norma não se identifica com a sua elaboração formal por meio de processos unicamente estatais.

Quando uma norma surge como positiva? A resposta de Goffredo Telles Júnior é a seguinte: "Uma norma social passa a ser considerada norma de garantia e, portanto, norma atributiva ou norma jurídica, *no momento em que o governo do grupo a declare como tal*. As normas de garantia ou normas jurídicas são vias essenciais ou úteis para a consecução dos objetivos que o grupo tem em mira. Ora, ao *governo* compete, antes de mais nada, no desempenho de sua missão precípua, indicar essas vias, ou seja, declarar para o conhecimento de todas as normas jurídicas e, depois, assegurar pela força, o seu cumprimento".

Goffredo não fala em governo da sociedade política, mas sim em governo do grupo.

Melhor entendida é a sua posição lembrando-se o seu declarado pluralismo jurídico: "É ocasião de lembrar que os grupos sociais são fontes inexauríveis de normas. Antes de mais nada, tais grupos são fontes de suas próprias ordenações jurídicas. As ordenações jurídicas internas dos grupos sociais conferem-lhes forma condizente com os fins em razão dos quais os grupos se conformam. Esse pluralismo de fontes verdadeiras do direito é uma das realidades primordiais das sociedades humanas. Frisemos com deliberada insistência: esse pluralismo é uma realidade. Não é uma hipótese, uma teoria, uma tese. É, isto sim, uma realidade objetiva, um fato, que não resulta da opinião ou da vontade de quem quer que seja, e que nem mesmo depende dos regimes políticos. É uma realidade tão real como a própria vida dos homens. Esse pluralismo existe: eis tudo"[1].

1. *Filosofia do direito*, São Paulo, Max Limonad, v. 2, p. 468.

No conceito de positividade de Stammler não entra qualquer consideração de ordem lógico-instrumental. Direito positivo é aquele que regula juridicamente aspirações concretas, de maneira que todo direito histórico, em seu modo concreto de manifestar-se, é direito positivo.

Para René Capitant o "direito positivo é o direito reconhecido válido para a generalidade de seus súditos" (*L'illicite*, Paris, 1929).

Para Reale o problema da positividade deve ser resolvido mediante integração de vigência e eficácia em uma síntese dialética "sem se pensar em termos de lógica jurídica transcendental, puramente formal, ou se inclinar para soluções empírico-sociológicas de valor ilusório no plano filosófico".

Positividade não é estatalidade. Uma norma, de procedência não estatal, pode pertencer ao direito positivo. O conceito de positividade encontra expressão fora da esfera burocrática do mecanismo oficial para residir por sua natureza no campo do social, onde repercute e atua. Se positividade e estatalidade se confundissem, também só seria direito aquele proveniente do Estado, o que não corresponde à realidade.

5. Modalidades

Há mais de um nível de negociação coletiva, o de categoria, o de empresa, em alguns países, o nacional e, com a União Europeia, o comunitário. Das negociações em nível de categoria resultam convenções coletivas de trabalho aplicáveis a todos os empregadores e a todos os empregados, sócios ou não dos sindicatos, do setor de atividade em que a negociação se desenvolver.

Das negociações em nível de empresa resultam acordos coletivos cujo âmbito de aplicação é menor, ou seja, é aplicável às empresas que participaram da negociação.

A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 611) prevê esses dois âmbitos de entendimentos. A convenção coletiva traduziu-se como uma pactuação intersindical. Quanto ao acordo coletivo, a CLT facultava a sua estipulação entre o sindicato de trabalhadores, de um lado, e a empresa interessada, de outro. Todavia, a Constituição Federal de 1988 considera obrigatória a participação *dos sindicatos na negociação*

coletiva. Não ressalvando, tanto o sindicato dos trabalhadores como o patronal podem participar dos dois níveis de negociação, o de categoria e o de empresa. Assim, fica alterada a legislação que permita o acordo coletivo, em nível de empresa, negociado sem a participação do sindicato patronal, com o direito de participação que agora tem este sindicato. Não havendo sindicato patronal, esse direito será da correspondente federação ou confederação, substitutivamente.

A modificação pode evitar concorrência entre empresas prósperas a maiores concessões nos acordos coletivos como forma de criar uma situação econômica inviável para outras empresas do mesmo setor. Mas a uniformização pode prejudicar o pessoal de empresas que estariam em condições de dar melhores condições contratuais de trabalho. De qualquer modo, nota-se, claramente, o aumento do poder dos sindicatos na negociação, como decorrência da Constituição de 1988.

O nível nacional, no Brasil, é praticado de modo extensivo aos permissivos legais. De acordo com a lei, o nível maior é o da categoria, porém há setores, como o dos bancários, que têm acordos coletivos que vigoram em todo o País. O texto é único, há cláusulas específicas para determinadas regiões e o instrumento é assinado por todos os presidentes de sindicatos de bancários e pela Comissão de Negociação, que representa os empregadores, além da entidade sindical patronal maior, o que permite reconhecer eficácia nas suas estipulações, salvo no caso em que um dos sindicatos territoriais de categoria se recusa a assinar, situação que pode levar à solução da pendência para o dissídio coletivo desse sindicato e que permite aos Tribunais do Trabalho proferir sentenças normativas de extensão do convênio coletivo para os demais aprovado ou decidir de modo específico para aquela região.

6. Relações com o contrato individual de trabalho

A doutrina procura estabelecer as características que distinguem o contrato individual da convenção coletiva de trabalho. Francesco Carnelutti (*Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, 1936) vê, no primeiro, uma relação jurídica na qual os contraentes dispõem *in re propria*, na tutela do seu interesse, criando direitos e obrigações recíprocos; no segundo, as partes não modificam uma re-

lação jurídica entre elas existente, mas o sindicato estabelece o regulamento para relações entre sujeitos diversos daqueles que o concluem.

Carnelutti desenvolve os seus estudos tendo presente o sistema corporativista, e sob esse prisma ressalta que os contratos individuais referem-se aos direitos subjetivos e os contratos coletivos resultam de poder público. Dentro dessa concepção define o contrato como o acordo de dois ou mais sindicatos opostos para regular as relações de trabalho da categoria à qual os sindicatos pertencem. Frisa, na sua afirmação célebre, que *il contratto collettivo è un ibrido, che ha il corpo del contratto e l'anima della legge*. No conflito entre o regulamento coletivo e o regulamento individual, prevalece aquele que for mais favorável ao trabalhador.

Rivero e Savatier distinguem as duas figuras pelo *objeto*. Nas convenções coletivas, o objeto é a fixação de certo regime de trabalho com base no qual são desenvolvidas as relações individuais de trabalho. Já o contrato individual tem por objeto a constituição de obrigações diretas entre as partes. Acrescentam que a convenção coletiva é sempre concluída por um grupo de trabalhadores, normalmente um sindicato, e seus efeitos atingem uma coletividade concebida não como uma justaposição atual de indivíduos, mas como uma realidade permanente, subsistente por si mesma malgrado a renovação incessante daqueles que a compõem.

Michel Despax, com muita clareza, diz que deverão ser cumpridas ulteriormente pelos contratos individuais de trabalho. Também admite que a submissão do contrato individual à convenção coletiva não exclui a possibilidade de inserção naquele de derrogações a esta, desde que se trate de condições mais favoráveis ao assalariado.

Não diferem das demais as afirmações de Hueck-Nipperdey, quando ressaltam que o contrato normativo se diferencia dos demais porquanto as regras que encerra não constituem direitos e obrigações das partes que o celebram, já que unicamente valem para outros contratos dos quais necessita para atualizar-se.

Mario de la Cueva faz as seguintes distinções: 1. diferença de sujeitos; 2. natureza não obrigacional das condições convencionadas no contrato coletivo; 3. necessidade de atos jurídicos concretos — contratos individuais — para a realização das convenções coletivas; 4.

independência das relações individuais frente ao contrato coletivo, não obstante, para a sua validade, sujeitarem-se às cláusulas e às condições gerais de trabalho.

Lombardo Toledano, estudando as características da convenção coletiva mexicana, formula ideias que conduzem a uma hipervalorização do contrato coletivo. Trata-se da teoria do contrato coletivo como contrato de execução, pela qual as associações sindicais não seriam meios para a realização do direito individual, mas sim instituições autônomas que estabeleceriam um direito próprio que seria imposto aos trabalhadores. Estes não teriam direitos e obrigações frente aos empresários, muito menos as suas relações jurídicas seriam submetidas ao estatuto sindical. Esse ponto de vista, como se vê inaceitável, conduziria, no dizer de Mario de la Cueva, a uma ditadura sindical.

Podemos, em conclusão, resumir as relações entre os contratos individuais e as convenções coletivas de trabalho em poucas linhas: 1. nas convenções coletivas as partes contraentes agem para constituir condições aplicáveis a terceiros, quando nos contratos individuais as partes contraentes agem *in re propria*; 2. nos contratos individuais visa-se à criação de direitos e deveres, quando nas convenções coletivas o objeto é a constituição de uma norma de conduta; 3. os contratos individuais são autossuficientes, e as convenções coletivas necessitam de contratos individuais nos quais se atualizam.

Qual é a regra de relações hierárquicas entre os convênios coletivos e o contrato individual de trabalho? Prevalecem os convênios coletivos, de modo que o contrato individual de trabalho não tem o poder de revogá-los, mas pode complementá-los, completando os espaços vazios e específicos. Não pode, assim, ter validade cláusula de contrato individual que revogue gratificação espontânea habitual devida pelo empregador por força de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo. Esse critério hierárquico tem a finalidade de cumprir a finalidade dos instrumentos coletivos, que é suprir a fragilidade individual do empregado perante o empregador. Desse modo, se outra fosse a hierarquia, estaria prejudicado o objetivo que justifica as negociações coletivas.

As cláusulas estipuladas em acordo coletivo obrigam as partes contratantes. O princípio do *pacta sunt servanda* impõe às partes o

adimplemento, com o que estas ficam jungidas ao cumprimento das obrigações que estipularam. Todavia, essas estipulações são passíveis de revisão. A CLT (art. 615 e parágrafos) prevê a revisão e a denúncia dos acordos coletivos acolhendo a teoria da imprevisão dos contratos. Segundo a referida teoria, alteradas as circunstâncias que preexistiam por ocasião do contrato, este pode ser alterado ou rompido, não só diretamente, pelo entendimento entre as partes, como, surgindo um impasse, mediante intervenção do magistrado. A teoria da imprevisão dos contratos integra o conjunto dos princípios reconhecidos pelo direito contratual geral (Francesco Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 207; Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 42; Carlos Alberto Bittar, *Curso de direito civil*, São Paulo, Forense Universitária, 1994, p. 452).

Diverge a doutrina apenas quanto à causa jurídica autorizante da admissibilidade da cláusula *rebus sic stantibus*, para parte da doutrina a *excessiva onerosidade* não prevista, para outra corrente a *impossibilidade econômica do cumprimento da obrigação*, aspectos que devem ser aferidos em função de cada caso concreto e diante dos aspectos econômicos respectivos. Assim, saber se no presente caso estar-se-ia diante de simples onerosidade excessiva ou de concreta impossibilidade econômica de cumprimento depende de dados econômicos e não de avaliações jurídicas.

A tese jurídica da imprevisibilidade é posta, por Orlando Gomes na obra citada, nos seguintes termos: "Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não tenha podido ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de Ripert, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda a ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser provavelmente prevista, não há que se pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado,

previsto é que o acontecimento seja extraordinário, e, porque extraordinário, imprevisível.

Mas não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente. Chega-se a falar em *impossibilidade*. Pretende-se, até, criar a categoria da *impossibilidade econômica*, ao lado da física ou jurídica, para justificar a resolução do contrato".

Em síntese, segundo a regra jurídica, ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato encerra, por força de acontecimentos imprevisíveis que determinam a alteração do estado de fato contemporâneo à sua celebração e de modo a estar certa a geração de efeitos que não poderiam ter sido cogitados à época do ajuste, justifica-se a revisão do contrato.

7. Relações com a lei

As convenções coletivas distinguem-se da lei principalmente pelas seguintes características:

a) pelo processo de formação, pois as leis, no sentido estrito, emanam de órgão estatal e as convenções coletivas resultam de negociações produzidas pelo grupo social interessado;

b) pela esfera de aplicação, na lei abrangendo toda a sociedade política, na convenção limitando-se ao âmbito econômico-profissional;

c) pelo conteúdo, na lei mais geral e diversificado, na convenção coletiva mais particular e restrito às condições de trabalho;

d) pela supremacia das leis de ordem pública, porque nesse caso a convenção coletiva não poderá derrogar a lei, como ensinam Despax, Mario de la Cueva, Carnelutti e Barassi. A submissão, nesse caso, é um imperativo de intangibilidade das estruturas institucionais e uma decorrência normal do princípio da graduação da positividade jurídica. Pode, no entanto, a convenção coletiva mencionar disposições mais favoráveis que aquelas das leis e regulamentos em vigor não revestidos do caráter de norma de ordem pública;

e) pela fonte de poder, pois a lei é imposta e a convenção coletiva é uma regra consentida.

A questão de maior divergência é a relação hierárquica entre convênios coletivos e lei, havendo três posições: a que considera a lei sempre prioritária, por se tratar de expressão da vontade geral, que é superior à vontade de classe; a que entende que o convênio coletivo pode sobrepor-se à lei porque é norma específica e não geral; e a que sustenta que a lei prevalece, mas pode autorizar estipulações derrogatórias, ainda que *in pejus*, caso em que também nesse particular estaria sendo expressada a vontade geral, posição que foi adotada pela Constituição Federal de 1988, que no art. 7º, VI, autoriza acordos e convenções coletivos de redução de salário. Essa última posição vem crescendo com a crise mundial da economia, o que leva o direito do trabalho a reexaminar algumas das suas posições.

8. O contrato coletivo de trabalho

Explicam-se as três denominações da CLT, *contrato coletivo de trabalho* (art. 59), *convenção coletiva de trabalho* (art. 611) e *acordo coletivo de trabalho* (art. 611, § 1º).

As convenções coletivas de trabalho em nosso país já foram denominadas contratos coletivos de trabalho, mas o art. 59 não foi até hoje atualizado para uniformizar a nomenclatura com a do art. 611.

Convenção coletiva de trabalho foi a primeira denominação, instituída pelo Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932, do Governo Provisório da República, inspirado na lei francesa de 1919. *Contratos coletivos de trabalho* passou a ser o nome com a Constituição de 1937, art. 137. A mesma denominação da Constituição de 1937 foi mantida pela CLT, Decreto-lei n. 5.452, de 1943, art. 611, com a seguinte configuração: "Contrato coletivo de trabalho é o convênio de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições que regerão as relações individuais de trabalho, no âmbito da respectiva representação" e (art. 612), quanto aos efeitos, "o contrato coletivo, celebrado nos termos do presente capítulo, aplica-se aos associados dos sindicatos convenentes, podendo tornar-se extensivo a todos os membros das

respectivas categorias, mediante decisão do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio".

Optou-se, na época, por *contrato* em lugar de *convenção* para salientar a natureza jurídica contratual do instituto, daí a sua aplicação unicamente aos associados das entidades pactuantes, sem prejuízo, no entanto, de, por ato ministerial, operar-se a sua extensão a toda a categoria, incluindo, neste caso, sócios e não sócios do sindicato. Como se vê, a palavra *contrato* tinha uma conotação civilista, enquanto o vocábulo *convenção* surgiu em razão do efeito *erga omnes* das cláusulas, entendendo-se por tal a sua aplicação não apenas a associados das entidades sindicais mas a toda a categoria.

Convenção coletiva de trabalho passou a substituir, com o Decreto-lei n. 229, de 1967, a expressão *contrato coletivo de trabalho*.

A Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992, sobre política nacional de salários, declara que as condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, *serão fixadas* em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, *acolhendo, assim, a tríplice formalização, sem conceituar, no entanto, contrato coletivo de trabalho. Dispõe, também, que as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho*. Criou a figura do contrato coletivo de trabalho sem conceituação, de forma que os níveis da sua atuação e os sujeitos com legitimidade para negociá-lo são questões abertas, não resolvidas pela lei. Do modo como foi instituído, o contrato coletivo de trabalho é um *corpo sem rosto*.

O contrato coletivo de trabalho surgiu, como foi dito, por força da Lei n. 8.542, de 1992, art. 1º, que declara: "A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta Lei".

O § 1º tem a seguinte redação: "As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho".

E o § 2º dispõe: "As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas, dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa".

A Medida Provisória n. 1.675-42, de 25 de setembro de 1998, art. 19, revogou os §§ 1º e 2º dessa lei, acima transcritos. O Supremo Tribunal Federal (ADIn 1.849-0/DF) suspendeu, por liminar, a eficácia do art. 19 da referida medida provisória, que revogara por sua vez, os dois parágrafos citados.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, na decisão final do processo em que deferiu a liminar, assim decidiu:

"Tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade contra medida provisória, é necessário o aditamento da petição inicial quanto às reedições posteriores da medida inicialmente impugnada, sob pena de a ação ser considerada prejudicada, uma vez que seu objeto fica restrito à norma que não está mais em vigor". Com base nesse entendimento, o STF não conheceu da ADIn 1.849-0/DF e julgou prejudicada a liminar concedida.

Em outras palavras, a decisão do STF não interferiu na medida provisória que revogou os dois parágrafos da lei, exatamente os dispositivos acima citados, o § 1º, segundo o qual "as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho", e o § 2º, que dispõe que "as condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas, dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa".

Resta em vigor o art. 1º, *caput*.

Várias indagações podem ser formuladas. O contrato coletivo de trabalho tem âmbito nacional, categorial ou supracategorial? Federações, Confederações e Centrais Sindicais estão legitimadas para nego-

ciá-lo? Em caso afirmativo, qual o grau de relação entre o contrato coletivo de trabalho e as convenções e acordos coletivos, isto é, a prioridade hierárquica entre esses instrumentos, não definida pela lei? Qual é a hierarquia entre contrato coletivo de trabalho e lei? Os sindicatos de base, com o contrato coletivo, ainda detêm o monopólio da negociação excludente da legitimidade direta das entidades sindicais de grau superior?

O anteprojeto de modernização da legislação trabalhista, de 1963, já referido, mantinha os níveis existentes de negociação: o de empresa e o de categoria. Criava, o que é necessário, mais um nível, o nacional, com o que os instrumentos normativos previstos passariam a três: o acordo coletivo aplicável aos trabalhadores da empresa, a convenção coletiva de trabalho, que é o vínculo em nível de categoria econômica e profissional, e o contrato coletivo de trabalho, de âmbito nacional.

Nesse particular, encontrava respaldo nos princípios da Organização Internacional do Trabalho por meio da Recomendação n. 163, segundo a qual a negociação coletiva deve ser permitida em todos os níveis pretendidos pelos interlocutores sociais. Tal Organização propõe o fomento da negociação coletiva (Convenções ns. 98 e 154) e a sua ampliação a todos os níveis, o de estabelecimento, de empresa, de ramo de atividade, de indústria, regional ou nacional (Recomendação n. 163, II, 4.1).

São três as concepções doutrinárias do tema no atual contexto brasileiro.

Primeira, a negativista, contrato coletivo de trabalho como figura já existente, confundindo-se com convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho, perante as quais seria o nome genérico de ambas ou se confundiria com uma das duas. Não é assim, todavia. Se a lei criou, ao lado da convenção coletiva e do acordo coletivo, outra figura, é o bastante para que se possa concluir que esta não se confunde com aquelas.

Segunda, contrato coletivo como mais um nível de negociação coletiva além dos dois existentes e com os quais não se confunde. Como estes são os níveis de empresa e de categoria, o contrato coletivo teria nível acima das categorias, podendo abranger mais de um setor econômico profissional, caso em que estariam legitimadas para negociar,

diretamente, as Centrais, as Confederações e as Federações, desde que credenciadas pelos sindicatos que às mesmas se filiarem.

Terceira, a mais ampla, contrato coletivo como reforma do modelo de relações de trabalho, superação do corporativismo compreendido como a estatalização do ordenamento, para a autonomia privada coletiva, com maior espaço para a iniciativa direta dos interlocutores sociais.

Repercutiu, amplamente, a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de lei n. 5.483, de 2001, remetido ao Senado no início de 2002, que se propunha a alterar o art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre negociação coletiva. Em 2003 foi retirado pelo Poder Executivo, enquanto aguardava deliberação do Senado Federal, para reestudo do tema pelo Fórum Nacional do Trabalho.

Propunha-se a dispor que, na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes, a lei regulasse as condições de trabalho, o que equivale a dizer que as cláusulas dos acordos e convenções coletivas seriam prioritárias e as das leis secundárias só aplicáveis na ausência dos referidos instrumentos negociados, com áreas de reserva nas quais não haveria essa gradação e a lei prevaleceria.

Esse critério já é previsto, quanto a salários, pela Constituição Federal, art. 7º, VI, ao assegurar a irredutibilidade do salário, salvo acordo ou convenção coletiva, e o projeto pretende estendê-lo para os direitos não salariais.

A criação de áreas de reserva, assim entendidas as matérias que não podem ser invadidas pela negociação coletiva, a não ser, evidentemente, para disposições mais benéficas aos trabalhadores, e que são diversas, referem-se aos direitos que o projeto considera mínimos e fundamentais, haja vista a sua natureza, sendo os seguintes: os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, nas leis complementares, nas Leis n. 6.321, de 14 de abril de 1976 — programa de alimentação do trabalhador —, e n. 7.418, de 16 de dezembro de 1985 — vale-transporte —, na legislação tributária, na legislação previdenciária, na relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS e na legislação sobre normas de segurança e saúde do trabalho.

O contrato coletivo deve observar algumas características básicas para que possa melhor cumprir o seu papel, como as que, em resumo, se seguem.

Primeira, é *antimonopolista* porque abre a legitimidade para negociar às entidades sindicais de grau superior, afastando a exclusividade do sindicato. Segunda, deve ser o quanto possível *espontâneo*, disciplinado apenas por leis genéricas para que tenha a sua prática decorrente das características que os interlocutores sociais imprimirem. Terceira, deve ser *cumulativo* com a lei, porque é inviável a total desregulamentação que alguns, inadvertidamente, propõem, sendo, sempre, necessária a convivência do contrato coletivo com leis de garantias básicas do trabalhador, em especial num país com a diversidade de regiões como o Brasil, cada uma apresentando peculiaridades quanto à economia, movimento sindical, capacidade de negociar etc. Quarta, deve ser também *organizativo*, com cláusulas estruturais do modelo, além de normas preceituais de comportamento, com o que poderia criar Comissões em nível sindical ou de empresa, para apreciar divergências entre o capital e o trabalho, como há nos modernos sistemas de relações de trabalho.

9. Aplicação dos instrumentos coletivos

As normas convencionais ou as decorrentes de texto de dissídio coletivo da categoria preponderante devem ser aplicadas para todos os empregados da empresa, menos para aqueles de categoria diferenciada.

As normas convencionais ou de sentença normativa do sindicato que representa a atividade preponderante na empresa não são aplicáveis ao pessoal que integra categoria diferenciada, porque a este pessoal são aplicáveis as cláusulas convencionais ou de sentenças normativas específicas do sindicato da categoria diferenciada, o que ocorre, por sua vez, porque os instrumentos normativos de uma categoria não são estendidos automaticamente a outra categoria; têm a sua esfera de aplicabilidade restrita aos limites da categoria a que se referem.

Segundo o disposto na CLT, art. 611, as convenções coletivas têm efeito normativo no âmbito das respectivas representações sindicais. A representação sindical de categoria diferenciada não se confunde com a representação sindical da categoria correspondente à atividade

preponderante na empresa. Só há uma hipótese na qual se dá essa extensão. É quando o próprio instrumento normativo contiver cláusula de comunicabilidade, que é o dispositivo segundo o qual as normas previstas em convenções e sentenças normativas da categoria preponderante aplicam-se, quando mais benéficas, à categoria diferenciada. Inexistindo tal cláusula, segue-se que não há a aplicação.

É possível a aplicação mista de normas convencionais, ou seja, de certas cláusulas das normas da categoria preponderante e outras da categoria diferenciada?

Não é possível à empresa aplicar parcialmente uma convenção coletiva ou sentença normativa. A aplicação é total, pela globalidade do seu texto. À empresa não é dado escolher, entre duas convenções coletivas, as cláusulas que quer aplicar. Está obrigada a cumprir as cláusulas vigentes na categoria. O fundamento é o já citado art. 611 da CLT, pelas mesmas razões apontadas.

A empresa poderá, no entanto, beneficiar os empregados, favorecendo-os com um direito mais amplo do que aquele que está nas cláusulas do instrumento coletivo da sua categoria, mas se o fizer corre o risco de enfrentar outra questão, a da incorporação da vantagem no contrato individual de trabalho, tema que é dos mais complexos.

Aplicar normas inferiores — menos vantajosas — às previstas nos instrumentos da categoria a que pertence o empregado é ilegal.

A empresa deve respeitar a sentença normativa do dissídio coletivo ou a norma convencional do local da prestação de serviços. Nas reclamações trabalhistas sobre diferenças de aplicação das normas coletivas em decorrência do respeito às normas da categoria preponderante, a empresa deve respeitar a sentença normativa ou a convenção coletiva correspondente ao sindicato dos trabalhadores com base territorial no local da prestação de serviços. É que é exatamente esse o sindicato representativo. Por conseguinte, as cláusulas do respectivo instrumento normativo negociado ou decidido pela Justiça do Trabalho têm aplicabilidade na respectiva base territorial.

10. Autonomia e negociações coletivas na América Latina

A autonomia coletiva tem, na negociação coletiva, a sua principal manifestação. Mas são, também, formas autônomas a *concertação*

social e os *regulamentos internos das empresas* resultantes da negociação ou da adesão dos trabalhadores.

A *concertação social* não alcançou ainda maior projeção, mas houve algumas experiências que resultaram em pactos sociais, como o chamado *Triángulo de Escuintla* (1947), subscrito na Guatemala, o *Avenimiento Obrero-Patronal* (1958), na Venezuela, a *Gran Comission* (1965), na Colômbia, a *Acta del Compromiso Nacional* (1973), na Argentina, o Pacto de Estabilidade e Crescimento Econômico do México (1988), a Concertação Programática do Uruguai (1985) e outras. No Brasil, há Câmaras Setoriais Tripartites, que, na indústria de automóveis, permitiram a redução dos preços dos veículos de transportes fabricados pelas empresas lá instaladas.

Em documento apresentado à Duodécima Conferência dos Estados da América Membros da Organização Internacional do Trabalho, realizada em Montreal, em março de 1986, no qual foram registradas as experiências anteriores a 1985 acima indicadas, três foram as conclusões. Primeira, existe a clara consciência, tanto dos Governos como dos interlocutores sociais, de que os problemas atuais só podem ser bem resolvidos mediante um esforço solidário de todos, para o qual é indispensável o entendimento. Segunda, as condições necessárias para realizar com êxito a concertação são difíceis de reunir e são poucas as experiências na região que mostram claramente que ela é realizável. Terceira, há bases institucionais e psicológicas que poderiam facilitá-la.

Os *regulamentos internos das empresas* assumem diversas fisionomias e têm diferentes conteúdos, como os planos de cargos, salários e carreiras, prêmios e promoções, normas de segurança e medicina do trabalho, regras disciplinares e outras normas e condições de trabalho. Preveem a criação de órgãos internos na empresa para a apreciação de assuntos de rotina e prescrevem normas de comportamento a serem observadas no estabelecimento.

Há regulamentos que conferem direitos trabalhistas até maiores do que os assegurados pelas leis e convênios coletivos. É o que acontece, por exemplo, no Brasil, nas empresas estatais. Esses direitos estão sendo, em alguns casos, considerados privilégios obtidos por segmentos qualificados de empregados a ponto de criar dificuldades para o equilíbrio econômico-financeiro dessas instituições. A causa dessa situação é atribuída à generosidade das diretorias de empresas

do Governo, que assumem compromissos que sabem que serão cumpridos por outras diretorias que as sucederão e com o dinheiro público. Esse aspecto tem influído numa tomada de posição favorável às privatizações dessas empresas para que sejam transferidas para a iniciativa dos particulares.

Porém sem nenhuma dúvida, a *negociação coletiva* é a mais ampla fonte autônoma do direito do trabalho, a que tem merecido as maiores atenções, inclusive no plano internacional, com a importância que lhe é justificadamente dada pela OIT por meio das Convenções n. 98 e 154 e Recomendação n. 163 e das deliberações do Comitê de Liberdade Sindical, que considera o direito de negociar elemento essencial da liberdade sindical.

Em 1978, a OIT[2] desenvolveu estudos sobre a negociação coletiva na América Latina.

Entre as conclusões da pesquisa assinalam-se as seguintes: a) a diversidade do quadro de cada país, de acordo com a sua realidade econômica e social; b) a existência, em quase todos, de mecanismos auxiliares da negociação; c) a prevalência, na região, pela negociação em nível de empresa, por meio do sindicato e raramente por um grupo inorganizado em sindicato; d) o conteúdo predominantemente salarial das cláusulas negociadas; e) a indispensabilidade da lei para estabelecer garantias e evitar acentuadas disparidades entre os direitos dos trabalhadores.

Em 1981, novo estudo do mesmo organismo internacional[3], dirigido por Efrén Córdova, com a colaboração de Geraldo von Potobsky,

---

2. Organização Internacional do Trabalho, *La negociación colectiva en America Latina* (1978); da mesma entidade, Ciclo de Estudios Interamericanos de Relaciones de Trabajo (Montevideo, 1960); X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, Uruguay, 1989); Instituto Europeu de Relaciones Industriales — IERI, *La negociación colectiva en America Latina*, coord. Antonio Ojeda Aviles e Oscar Ermida Uriarte; *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo*, coord. Oscar Ermida Uriarte, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993; *Experiencias de flexibilidad normativa*, Umberto Romagnoli, Oscar Ermida Uriarte e Francisco Tapia Guerrero, Universidad Nacional Andres Bello, do Chile, 1992; *Los sindicatos en Iberoamerica*, coord. Mario Pasco, Lima, Aele, 1988; *Il diritto del lavoro dei paesi dell'America Latina*, Guillermo Cabanellas de Torres, trad. Giuliano Mazzoni, Padova, CEDAM, 1984.

3. *Las relaciones colectivas de trabajo*, OIT, Genebra, 1981.

Emilio Morgado, Arturo S. Bronstein e Oscar Hernandez, apresentou um quadro mais prospectivo.

O panorama retratado mostrou, na expressão de Córdova, "uma *mescla de autonomia e intervenção estatal*, de cooperação e conflito, de aspectos institucionais e relativos ao comportamento, de centralização e descentralização", dentro de certos limites, apresentando uma dinâmica própria apesar do peso da tradição e dos esquemas legislativos de tipo intervencionista, e, no dizer de Bronstein, "um comportamento mais autônomo das partes".

Mais recentemente (1993) conclusões não tão abertas foram apresentadas por especialistas latino-americanos, que publicaram importante estudo sobre "intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo", sob a coordenação de Oscar Ermida Uriarte[4].

O relatório final observou que há excessiva intervenção do Estado na negociação coletiva e que interfere sobre o procedimento, tornando-o rígido e formal, o conteúdo afetado em alguns casos por resoluções administrativas ou decisões judiciais, e a estrutura com a determinação dos níveis em que a negociação pode dar-se.

Com efeito, todos os países, salvo Uruguai, legislaram sobre convênios coletivos do trabalho, de modo que, se esse fato for bastante em si para caracterizar o sistema como intervencionista, certamente ele o será. Apenas seria conveniente sublinhar que mais importante é a finalidade da legislação; quando se destina, verdadeiramente, a dar respaldo à autonomia coletiva, não é desaconselhável, mas em muitos casos, necessária.

A negociação coletiva na maioria dos países é *obrigatória por força de lei*, como a *Ley Federal del Trabajo*, do México (art. 387), a Consolidação das Leis do Trabalho, do Brasil (art. 616), o *Código de Trabajo*, da Costa Rica (art. 56), a *Ley de Trabajo*, da Venezuela (art. 50) e outras. Há países em que a contratação, e não apenas a negociação, é obrigatória.

No Chile, a lei prevê multas ao patrão que não negociar. Na Argentina, configura prática desleal (Lei n. 23.551/88, art. 53), o mesmo

4. *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas del trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993.

ocorrendo no Panamá e na República Dominicana. No Brasil, o sindicato pode declarar greve, pedir a mediação do Ministério do Trabalho ou ingressar com processo judicial perante os Tribunais do Trabalho (CF, art. 114).

Há leis que determinam quem está autorizado a negociar. A regra é a *legitimação dos sindicatos.* Em alguns casos, a lei autoriza um grupo de trabalhadores, como no *Reglamento de la Ley de Trabajo*, da Venezuela (art. 360), e no *Código de Trabajo*, do Chile (art. 279). Na Argentina (Lei n. 14.250/88), os sindicatos que têm personalidade gremial podem celebrar convênios coletivos, embora permitidos acordos internos de empresas, que não podem ser homologados. Exclusiva dos sindicatos é a negociação no México (Lei Federal do Trabalho, art. 386), Cuba (Código do Trabalho, art. 235), Guatemala (Código do Trabalho, art. 38), Costa Rica (Código do Trabalho, art. 54) e República Dominicana (Código do Trabalho, art. 92). No Peru, não havendo sindicato, os representantes de mais da metade dos trabalhadores de uma empresa podem negociar (Decreto-lei de Relações Coletivas de Trabalho, 1992, art. 41). Do lado dos patrões, podem negociar tanto a associação representativa como a empresa (Venezuela, Colômbia, México, República Dominicana e Costa Rica).

Num sistema aberto, os *níveis de negociação* devem ser indeterminados pela lei, para que os interlocutores sociais os definam de acordo com as circunstâncias de cada situação concreta. Na Argentina, Brasil e Uruguai o nível principal é mais centralizado, a categoria, o ramo ou a indústria. O Chile, até a Lei n. 19.069, de 1991, centralizou a negociação à empresa e, a partir desta, facultou, dependendo de acordo entre os interessados, o nível multiempresarial. As negociações podem ser formais ou informais, estas não habilitando ao direito de greve. A Colômbia prevê negociações também pelas Federações. A Venezuela por Federações e Confederações, o que é, pela lei brasileira, vedado, salvo quanto a categorias inorganizadas em sindicatos (CLT, art. 611). A República Dominicana, mediante acordo entre os sindicatos admite negociações por ramos de produção. No México, os acordos são feitos em nível de indústria por meio dos "contratos-leis" e o de empresa mediante o "contrato coletivo" (Lei Federal do Trabalho, arts. 360 e 388). O Peru (Decreto-lei de Relações Coletivas de Trabalho, 1992) permite a negociação na empresa, ramo de atividade ou gremial,

de acordo com a deliberação dos interessados. A Venezuela (Lei Orgânica do Trabalho, arts. 509, 528 e outros) tem negociações na empresa, estabelecimento e ramo de atividade.

Não foram inteiramente alcançadas as diretrizes da Resolução n. 163 da OIT, que recomenda uma amplitude maior para que as negociações possam ser praticadas no nível que os próprios interlocutores sociais escolherem. Uma tentativa de alteração da legislação nesse sentido é a do Brasil. As centrais sindicais de trabalhadores e parte das associações de empregadores pretendem, com o apoio do Governo, ampliar as negociações coletivas e atribuir legitimação, hoje inexistente, às Federações, Confederações e centrais sindicais, que passariam a ser autorizadas a estipular contratos coletivos nacionais ou setoriais. Nesse sentido é também o Projeto de Modernização das Leis Trabalhistas, apresentado por uma Comissão Técnica do Governo, em 1993. Há, no entanto, controvérsia sobre o papel dos contratos coletivos em face da lei, se substitutivos da legislação ou cumulativos com ela. No setor bancário há três anos se faz, mesmo contra a lei, um acordo nacional, cuja irregularidade é sanada com a assinatura de todos os sindicatos, por volta de cem em toda a extensão do País, para que as cláusulas possam ter validade em cada base territorial deles.

As cláusulas estipuladas nos convênios coletivos são *obrigacionais* e *normativas*; as primeiras criam direitos e deveres entre os sujeitos estipulantes, destacando-se as garantias para facilitar o exercício da representação sindical no estabelecimento; as segundas geram normas e condições de trabalho, que serão observadas nos contratos individuais de trabalho.

Entre elas, há *cláusulas salariais*, como reajustes, aumentos reais, adicionais, gratificações, proteção ao pagamento, pisos, adiantamentos, acúmulo de funções, remuneração dos repousos, licenças, faltas justificadas etc.; outras cláusulas dispõem sobre alimentação, transporte, educação, seguro de vida, assistência médica, auxílio a filhos deficientes, natalidade, amamentação, estabilidade da gestante, do acidentado que retorna ao serviço, do menor em idade de prestação do serviço militar, pré-aposentadoria, política sobre "AIDS", comissões internas na empresa etc.

Discute-se se o *conteúdo* dos convênios coletivos deve ser *livre* ou se é admissível a interferência decorrente de imperativos da ordem

pública econômica para o efeito, aspecto de grande atualidade na América Latina, da promoção, pelos Governos, de ajustes das economias mediante implementação, pela lei, de políticas salariais. Na medida em que os países latino-americanos conseguem controlar a inflação, o problema se atenua.

A regra é o conteúdo facultativo, com algumas exigências mínimas sobre aspectos secundários e óbvios, como nome, representação das partes e âmbito de aplicação e período de vigência do convênio, como determina, na Argentina, a Lei n. 14.250, de 1988, art. 3º, a exigência de dispor sobre salários, da *Ley Federal del Trabajo*, do México, art. 393, no mesmo país as cláusulas sindicais de atuação dos representantes dos trabalhadores na empresa como crédito de horas para desempenho da representação, número, quadros de avisos sindicais, remessa, pela empresa ao sindicato, da relação dos trabalhadores filiados, facilidades para reuniões na empresa, procedimentos de queixas e reclamações e fixação de contribuições sindicais.

Em diversos países a lei dispõe sobre *homologação* dos convênios coletivos, às vezes para controle da legalidade e oportunidade, previsto na lei da Argentina (Lei n. 14.250/88), para que o convênio adquira efeito *erga omnes*, sendo a homologação ato da competência do Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, considerando-se homologadas as convenções feitas perante esse órgão; outras vezes para simples arquivamento no Ministério do Trabalho, que não exerce controle de conteúdo ou de forma, como no Brasil.

Desejável seria diminuir as disposições legais sobre o *procedimento das negociações* para um mínimo necessário, que poderia ser a exigência de autorização do grupo, para que o seu representante pudesse negociar, e a apresentação da pauta escrita de reivindicações para objetivar as pretensões.

No Chile há um procedimento legal para que o sindicato se habilite a fazer greve, não bastando a negociação (Lei n. 19.069). No México, não há um procedimento fixado pela lei para a negociação, embora exista um para a conciliação na greve (Lei Federal do Trabalho, art. 926). No Peru (Decreto-lei de Relações Coletivas de Trabalho, de 1992, arts. 51 e outros), há algumas disposições da lei sobre prazos para início das negociações. No Brasil, a CLT (art. 611) exige delibe-

ração da assembleia sindical para o início da negociação e remessa da pauta de reivindicações para a outra parte.

Duas são as dimensões atribuídas pelas leis aos *efeitos dos convênios coletivos*, a limitada aos sócios das associações e a genérica a sócios e não sócios membros do grupo.

Há convênios com efeitos gerais ou *erga omnes* e outros restritos a filiados ao sindicato. Na Argentina, quando os convênios são homologados, os efeitos são amplos, como é próprio de um sistema sindical por categorias, como acontece também no Brasil.

No Chile, o efeito *erga omnes* foi reconhecido pelo Código de 1931. A lei de 1979, no entanto, limitou-os, mas é facultada a estipulação de cláusulas comuns a um ou mais empregadores, bem como a subscrição posterior de um contrato coletivo de empresa pelos trabalhadores.

No Peru (Decreto-lei de Relações Coletivas de Trabalho, de 1992, arts. 9º e 47), a eficácia é geral, dependendo do número de representados pelo sindicato, que deve ter, para tal fim, a maioria absoluta dos trabalhadores da empresa, sem o que aplicar-se-á só aos sócios.

A extensão dos convênios coletivos pelo Ministério do Trabalho é prevista na Argentina e na Venezuela (Lei Orgânica do Trabalho, art. 398). No Brasil, a extensão é judicial, mas, embora prevista em lei, não tem sido praticada, uma vez que os convênios têm eficácia *erga omnes* em toda a categoria, aplicando-se a sócios e não sócios do sindicato.

O *princípio da norma favorável ao trabalhador* é a regra de hierarquia nos sistemas jurídicos, seguida na Argentina (Lei do Contrato de Trabalho, art. 8º, e Lei n. 14.250/88), México (Lei Federal do Trabalho, art. 394), embora eventualmente por revisões possa haver reduções de vantagens, Peru (Decreto-lei de Relações Coletivas de Trabalho, 1992), quanto à concorrência entre dois ou mais convênios, Venezuela (Lei Orgânica do Trabalho, art. 396), em cuja lei as convenções coletivas prevalecem sobre toda outra norma, contrato ou acordo, quando mais benéficas aos trabalhadores, e outros países.

11. Pactos sociais

Uma forma de diálogo social entre grupos que procuram encontrar uma diretriz que solucione um problema, não usada, embora tentada,

no Brasil, é a *concertação social,* que pode levar a um pacto social, e que é diferente da negociação coletiva, da convenção coletiva e do acordo coletivo, embora alguns paralelos possam ser traçados entre os pactos sociais e essas formas de autocomposição.

Surgem, portanto, neste tema, duas figuras: *concertação social,* para a qual não há tradução em nossa língua, e *pactos sociais*. Aquela é o procedimento, e este o resultado positivo do entendimento.

Concertação social "é um processo de inter-relação ou de intercâmbio político entre os poderes públicos e a autonomia coletiva, como resposta às exigências do governo das sociedades complexas, a partir de uma correção do esquema constitucional clássico procedente da tradição liberal (governo privado, neocorporativismo). O governo, através desse processo de diálogo e acordo com as organizações sindicais e empresariais representativas sobre as grandes questões de política econômica e social, pretende a legitimação da correspondente decisão, não só mais através do trâmite parlamentar (sem prejuízo de que se requeira a tradução legislativa do acordo), mas diretamente sobre o mercado social" (Palomeque e Rosa).

É um mecanismo de formação do consenso das forças do trabalho, da economia e do governo, num procedimento nivelado de discussão de temas de desenvolvimento do Estado social, rendas, tributos e outras tantas questões que interessam ao País.

Pacto social é o produto da concertação social. Nada mais é que o resultado de uma negociação no nível mais alto da sociedade, para determinar os rumos da política social de um país, meio de buscar o consenso dos interessados antes das reformas profundas de que necessita.

A concertação social não é uma negociação coletiva, mas tem aspectos que com ela se identificam, na medida em que será, também, um processo não estatal de entendimento entre interessados visando a um acordo a respeito do tema relevante em discussão. E não o é pelas partes, efeitos e conteúdo, porque a negociação coletiva é um procedimento do qual o Estado não participa. Tem caráter normativo, enquanto o pacto social não tem esse efeito vinculativo, e o conteúdo das convenções coletivas é mais restrito, interessando aos representados dos sindicatos signatários. O pacto social tem objeto mais amplo,

abrangendo assuntos que extrapolam os limites de uma ou algumas categorias pela generalidade que o caracteriza.

O pacto social não é um mecanismo unicamente de direito do trabalho. Envolve questões mais amplas, de economia, de política fiscal, de previdência social etc. Mas é, preponderantemente, um instrumento de solução de conflitos coletivos trabalhistas, visando ao acordo entre os agentes econômicos, o trabalho e o capital, por meio do consenso sobre as principais divergências que os separam. É multidisciplinar.

Porém, enquanto circunscrito ao direito do trabalho, aproxima-se das convenções coletivas de trabalho, com a ressalva de que destas geralmente não participa o governo. Outro aspecto é a coercitividade, já que as normas jurídicas são coercitivas, enquanto os pactos sociais são destituídos de sanções, embora se apresentem como compromissos morais entre os interlocutores sociais e o governo. Assim, os pactos sociais têm a natureza de planos econômico-sociais, com força política para a adequada estipulação de diretrizes que serão observadas pelos signatários ou que servirão de fonte para a elaboração de leis pelo Congresso ou de contratos coletivos entre sindicatos e empresas.

Trata-se de uma questão jurídica nova e das mais interessantes; convém fazer uma breve explicação sobre sua origem e desenvolvimento.

Os pactos sociais contribuíram, na Espanha, para a transformação do franquismo em uma sociedade pluralista, reduzindo o número de greves, na medida em que promovem o diálogo no lugar do confronto.

Nasceram nos países escandinavos, com os Acordos Básicos Nacionais, o primeiro em 1899. Outros países procuraram fórmulas semelhantes de obtenção da paz social e diminuição da conflitividade entre os sindicatos e as empresas, como Itália, Irlanda, Austrália, México, Colômbia, Israel, Suécia, Holanda e República Federal da Alemanha. O Brasil, em 1987, desenvolveu um procedimento de entendimento social tripartite entre governo, sindicatos e trabalhadores pelo então Ministro do Trabalho *Almir Pazzianotto*, não concluído.

Há uma variada tipologia dos pactos, incluindo *pactos sociopolíticos* e *pactos sociotrabalhistas*; os primeiros, assinados por partidos políticos em períodos de transição da ordem política, antecedendo uma nova Constituição, como o Pacto de Moncloa, na Espanha; os segundos,

contendo diversos tipos de cláusulas sociais e trabalhistas. Estes, por sua vez, subdividem-se, pois são de *tipo processual* — quando fixam um procedimento a ser observado —, de tipo *normativo-substantivo* — quando estabelecem parâmetros para as condições de trabalho a serem objeto de negociações em nível menor de convenções e acordos coletivos (ex.: reajustamentos salariais *entre* 4% e 7%) — ou, também, de *tipo híbrido*, com cláusulas processuais substantivas.

Registrem-se na Espanha a *concertação social de transição democrática e a crise econômica* (1977-1986), a *neoconcertação social* (1990-1991), o *terceiro ciclo de concertação social* (1993-1995), o *quarto ciclo de concertação social* (1996-1998), a *Declaração para o diálogo social de 2004 (competitividade, emprego estável e coesão social),* seguindo a institucionalização permanente do diálogo social com o Conselho Econômico e Social (1991) e os Conselhos Autônomos, instrumentos de participação dos agentes econômicos e sociais na vida econômica e social do país, configurando-se como plataforma permanente de diálogo e deliberações.

Túlio Massoni, em interessante estudo sobre o tema, intitulado *A concertação social saída da crise,* observa que "concerto é palavra polivalente e abrange o sentido de convenção, ajuste, acordo, pacto. A expressão *concertação social* tem sido ultimamente usada para caracterizar política consensual destinada a gerar estabilidade econômica. Trata-se de um pacto político consensual que se constitui instrumento de adaptação de meios a fins, por exemplo, e, principalmente, o combate à inflação e ao desemprego, e que 'se torna exequível em virtude da convergência das vontades dos parceiros sociais (empregados, empregadores e Estado)'".

E continua:

"A complexidade social surgida após o final dos anos 60 e início da década de 70 colocou em escala maior uma espécie de 'crise reguladora da lei', diante da incapacidade de o Estado, sobrecarregado, para exercitar suas funções por meio de preceitos jurídicos gerais e abstratos. Esse cenário, por sua vez, impulsionou o poder estatal a apoiar-se nas organizações de interesses para tornar possível uma regulação social com níveis mínimos de consenso. Segundo Claus Offe (Neocorporativismo. Notas acerca de sus presupuestos y de su signi-

ficación democrática. In: *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales, a partir dos anos 80*), então, corre uma renúncia à primazia integradora do Estado, estabelecendo-se uma 'macrorregulação descentralizada', em cujo marco se atribui aos atores participantes a tomada em consideração recíproca dos respectivos condicionantes da existência das outras partes envolvidas e o compromisso com a concertação recíproca entre atores estatais e não estatais. Dá-se um estilo reflexivo de interação, de modo que os atores responsáveis refletem continuamente sobre as condições de tal integração do sistema, tanto na estrutura interna de tais organizações, como nas relações que mantêm entre si. Os macroproblemas são tratados mediante certos sacrifícios das partes em nome do interesse comum de manutenção do sistema. Eis por que a concertação constitui mecanismo para resolver situações críticas do sistema, inclusive como solução da crise do estatismo hipertrofiado, substituindo-o por essa técnica superior de regulação. O processo de concertação social implica uma disposição dos interlocutores sociais de exercitarem a democracia macrossocial, que tem um valor em si mesmo. Afinal, 'uma das características da forma democrática de governo é o aumento dos sujeitos que agem politicamente, vale dizer, que colaboram direta ou indiretamente na formação das decisões coletivas (Off)'".

A OIT incentiva o diálogo social na Recomendação n. 113 como meio de enfrentamento não apenas das entidades sindicais, mas de toda a sociedade. A Recomendação n. 113 dispõe sobre consulta e colaboração entre autoridades públicas e organizações de empregadores e trabalhadores nos ramos da atividade econômica e em âmbito nacional. E acrescenta que tal consulta, em conformidade com os costumes ou a prática nacionais, devem ser facilitadas por: "a) medidas voluntárias adotadas pelas organizações de empregadores e de trabalhadores; b) por medidas adotadas pelas autoridades públicas que sirvam de estímulo a essas organizações; c) pela legislação; ou d) com a combinação desses métodos".

Os pactos sociais tripartites levam parte da doutrina a afirmar que há uma tendência neocorporativista no movimento sindical. O tripartismo significa o retorno da presença do Estado nas relações de trabalho no direito coletivo-sindical, não da mesma forma do corporativis-

mo, que foi uma presença autoritária, enquanto no presente a atuação do Estado está delimitada e não pode agredir dois princípios que não foram valorizados pelo corporativismo, a liberdade sindical e a autonomia privada coletiva. A diferença entre os regulamentos corporativistas e os pactos sociais está demarcada exatamente por esses dois importantes princípios.

O Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Brasil é um núcleo que, com a presença das representações sindicais e empresariais e com a participação do governo, pratica o diálogo social no modelo neocorporativista contemporâneo, confirmando a tendência que a doutrina já vem assinalando.

§ 99. Formas de composição dos conflitos coletivos

Sumário: 1. Autocomposição e heterocomposição. 2. O sistema brasileiro. 3. Mediação. 4. Arbitragem. 5. Jurisdição.

1. Autocomposição e heterocomposição

Há duas formas de composição dos conflitos coletivos, a *autocomposição* e a *heterocomposição*. Todas as demais enquadram-se nessas duas grandes categorias.

Autocomposição é a técnica de solução dos conflitos coletivos pelas próprias partes, sem emprego de violência, mediante ajustes de vontade. Na autocomposição, um dos ligitantes ou ambos consentem no sacrifício do próprio interesse, daí a sua classificação em unilateral e bilateral. A renúncia é um exemplo de direito comum autocompositivo com sacrifício do interesse de uma das partes, e a transação exemplifica o sacrifício do interesse das duas partes.

Na ordem trabalhista, a forma autocompositiva clássica é a convenção coletiva de trabalho, decorrente de negociações coletivas, das quais resultam, mediante o acerto dos interesses, as normas que, instituídas de comum acordo pelos sindicatos e empresas, vigorarão por certo prazo, disciplinando as suas relações e os contratos individuais de trabalho. Há variações de figuras que pertencem ao gênero convenção coletiva, como os *acordos coletivos*, os *acordos intraempresariais* etc. Fala-se, às vezes, em *protocolo de intenções*.

A autocomposição não se confunde com a *autodefesa*, que é uma forma de solução do conflito que ocorre quando alguém faz sua defesa por si próprio. É a forma mais primitiva de solução dos conflitos. Segundo Alcalá-Zamora, a autodefesa consiste na imposição a alguém do sacrifício do seu interesse não consentido. Não há solução suprapartes nem consensual. A solução é direta e coativa.

A *greve* e o "*lockout*" são formas autodefensivas. Não são atos decisórios, mas atos de encaminhamento da decisão, modos de pressão sobre a vontade para levá-la à autocomposição.

Heterocomposição é a forma de composição do conflito por meio de uma fonte ou de um poder suprapartes, por estas admitido, ou imposto pela ordem jurídica.

São formas heterocompositivas a *arbitragem* e a *jurisdição*. A *arbitragem* é a atividade desenvolvida por uma pessoa ou um órgão suprapartes destinada a proferir uma decisão que será acatada pelos litigantes. *Jurisdição* é o poder do Estado de decidir os conflitos.

2. O sistema brasileiro

O procedimento de composição dos conflitos coletivos no Brasil é o seguinte:

a) os sindicatos trabalhistas comunicam aos sindicatos patronais ou diretamente às empresas as suas reivindicações, iniciando-se um procedimento de negociações diretas, sem interferência do Estado. A lei obriga os empregadores a manter o diálogo (art. 616);

b) havendo recusa à negociação, a Delegacia Regional do Trabalho pode convocar mesa-redonda, iniciando-se, assim, a mediação do Delegado Regional do Trabalho, que, como em toda mediação, não terá poderes decisórios, apenas apresentará propostas, que as partes aceitarão ou não;

c) o conflito poderá ser resolvido por arbitragem facultativa ou por dissídio coletivo econômico por mútuo consentimento das partes (EC n. 45/2004); no primeiro caso sendo resolvido por laudo arbitral; no segundo, por sentença normativa proferida pelos Tribunais do Trabalho. Nos dois casos vale o laudo arbitral ou a sentença norma-

tiva como substitutivos do contrato coletivo que não foi feito; havendo greve em atividade essencial com ameaça de grave lesão ao interesse público, a Procuradoria do Trabalho pode ingressar com dissídio coletivo.

3. Mediação

Ruprecht[1] define mediação como "um meio de solução dos conflitos coletivos do trabalho pelo qual as partes comparecem perante um órgão designado por elas ou instituído oficialmente, o qual propõe uma solução que pode ou não ser por elas acolhida".

Manuel Alonso García[2] a compreende como "a instituição jurídica destinada à atuação de pretensões — ou à solução de conflitos — perante um órgão designado pelas partes ou instituído oficialmente, chamado a formular uma proposta ou recomendação que carece de valor decisório". Não há diferença substancial, como se verifica, entre as duas definições que dão a ideia sobre a figura.

A mediação é praticada na França, instituída por decreto de 1955 e, em 1957, incorporada a uma lei. Nos Estados Unidos o seu campo de aplicação é expressivo. Em nosso país, nas mesas-redondas da Delegacia Regional do Trabalho, raramente em outras circunstâncias.

Rivero e Savatier[3] sustentam que, se a mediação é conveniente aos conflitos econômicos, não se adapta aos conflitos jurídicos que, destinando-se à aplicação do direito existente, não podem ser resolvidos com mediações.

Cabanellas[4] afirma que a mediação não deu resultado, e por isso é rara a legislação que hoje a admite. As dificuldades que oferece começam pela figura do mediador, difícil de ser encontrada quando o sistema é não organizado. Será uma pessoa com autoridade, conhecimentos e habilidade suficientes para tentar conduzir as partes a uma solução que reputem razoável. Uma autoridade religiosa, por exemplo.

---

1. *Conflictos colectivos del trabajo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 313.
2. *Derecho procesal del trabajo*, Barcelona, Bosch, 1963, t. 1, p. 224.
3. *Droit du travail*, Paris, 1964, p. 227 (Col. Thémis).
4. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1963, t. 2, p. 403.

A mediação no Brasil é exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego por intermédio dos delegados ou inspetores do trabalho, que, atuando como mediadores na *mesa-redonda*, tentam acordos entre as partes conflitantes.

Há mediações nos conflitos coletivos, especialmente quando os trabalhadores fazem greve, caso em que qualquer dos interessados poderá comunicar a existência do conflito ao Ministério, que convidará a parte contrária para uma reunião.

Se as partes chegarem a um entendimento, será formalizado o acordo coletivo de convenção coletiva, findando-se a controvérsia. Em caso contrário, o Ministério enviará os autos para o Tribunal Regional do Trabalho, perante o qual será processado dissídio coletivo.

As normas sobre o procedimento observado pelo Ministério nas mediações são previstas na CLT, art. 616, e pela Portaria n. 3.097, de 17 de maio de 1988.

A OIT[5], por meio da Recomendação n. 92, de 1951, estimula a conciliação e a arbitragem como formas alternativas de solução dos conflitos. A Espanha criou o IMAC — Instituto de Mediação, Arbitragem e Conciliação[6].

4. Arbitragem

A Constituição Federal de 1988 (art. 114, § 2º) permite a arbitragem dos conflitos coletivos.

A teoria *contratualista* de Mattirolo e Chiovenda, e que é a postura clássica, realça a espontaneidade como seu traço determinante, sob a forma de um ajuste entre as partes, para submeterem a questão ao árbitro, daí o caráter privado da instituição.

A teoria *jurisdicionalista* de Mortara, Alcalá-Zamora y Castillo, Aroca etc. vê na arbitragem um autêntico processo jurisdicional, com a peculiaridade orgânica de que nele intervêm juízes indicados pelas

5. Organização Internacional do Trabalho, *Código Internacional do Trabalho*, Genève, 1955, v. 1.

6. *V.* Antonio Ojeda Aviles, *Derecho sindical*, Madrid, Technos, 1984.

partes, sob o amparo da autorização estatal. A natureza de ambas as formas de heterocomposição, sustenta Aroca[7], é a mesma. Na arbitragem intervêm um ou vários terceiros escolhidos pelas partes, esgotando-se sua *auctoritas* com um único exercício, enquanto na jurisdição o terceiro imparcial é determinado pelo próprio Estado para solucionar todos os conflitos que surjam.

É conhecida a posição de Carnelutti sobre as formas substitutivas da autodefesa, entre elas incluindo a arbitragem como um *equivalente jurisdicional*[8], no que é contestado por Alcalá-Zamora y Castillo, para quem "a substanciação de um litígio perante juízes privados origina não um equivalente, mas um autêntico processo jurisdicional". Cipriano Gomez Lara[9] a reconhece como "um *procedimento paraprocessual*, isto é, que está junto e ao lado do processo, ou mais próximo dele, mas não sendo, a rigor, um genuíno processo jurisdicional porque não há, por parte do árbitro, desempenho de uma genuína e verdadeira função jurisdicional, como a que desempenha exclusivamente o Estado, com o poder de impor ainda, contra a vontade dos litigantes, o sentido da resolução com a que termina o processo".

A *arbitragem facultativa*, para Herzog-Stone[10], tornou-se indiscutida nos Estados Unidos, com mais de 90% das convenções coletivas contendo cláusulas de compromisso prevendo-a.

Para Cabanellas[11], tem a debilidade congênita de não impedir a greve.

Para A. Brun e H. Galland[12], muito raramente as partes submetem-se espontaneamente a um árbitro.

Entre nós, Russomano[13] chegou a propô-la: "Os conflitos coletivos de trabalho de natureza jurídica ou de natureza econômica poderão ser

---

7. *Introducción al derecho procesal*, Madrid, Technos, 1976, p. 94.

8. *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1929, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, Foro italiano, 1956.

9. *Teoría general del proceso*, México, Unam, 1974, p. 283.

10. El arbitraje voluntario en los conflictos del trabajo en Estados Unidos, *Revista Internacional del Trabajo*, Genève, *62*(4):347-8, 1960.

11. *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, Omeba, 1968, t. 2, p. 410.

12. *Droit du travail*, Paris, Sirey, 1958, p. 943.

13. *Código de Processo do Trabalho*; anteprojeto anotado, Rio de Janeiro, Konfino, 1963, p. 278.

resolvidos por meio de juízo arbitral" (art. 584 do seu anteprojeto), justificando-a como um meio hábil, em certos casos, aceitando sugestão do Prof. Alcides Torres Diniz.

Há opiniões que a favorecem, considerando-a um procedimento rápido de solução, com as partes nele figurando em igualdade de condições, à procura da justa fixação de salário, segundo as ideias de Laffert.

Tonnies aponta como sua vantagem acabar com as greves, citando o exemplo da Nova Zelândia, "terra sem greves".

Ruprecht[14] resume as suas conclusões assim: "As vantagens da arbitragem são evidentes; ela é uma firme garantia da paz industrial e de que os conflitos se solucionam em um marco de justiça e equidade, evitando os grandes prejuízos que ocasionam as lutas entre o capital e o trabalho".

A teoria apresenta, como componentes do sistema da arbitragem, a figura central, que é o *árbitro*, singular ou colegiado, as *partes*, o *procedimento*, o *laudo arbitral* e os *meios de impugnação*. Faremos as observações comparativas, que são oportunas, com os componentes análogos do sistema jurisdicional.

O árbitro, se particular, é um profissional que vai onerar as partes, enquanto o juiz é remunerado pelo Estado, o que permite o atendimento ao princípio da gratuidade. Não se poderia equiparar o valor das custas que o Estado cobra pelo processo com os honorários que seriam cobrados por um profissional, especialmente com um escritório e diversos auxiliares. Se o árbitro é oficial, o juiz, com as garantias do Poder Judiciário, terá maior independência, podendo agir segundo critérios de justiça, sem o perigo da solução política a que não escapa o funcionário do Executivo. Se a arbitragem é colegiada e particular, as mesmas razões já apontadas a põem em desvantagem perante um colegiado de magistrados.

O procedimento na arbitragem facultativa inicia-se em decorrência da cláusula de compromisso, desenvolvendo-se com maior flexibilidade

14. *Conflictos colectivos del trabajo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 327.

e sem os formalismos do processo jurisdicional, porém não diferem as garantias das partes na apresentação de provas e de argumentos.

Quanto à celeridade, é sabido que no Brasil os conflitos coletivos são resolvidos com rapidez, mas é possível que a arbitragem permita uma solução em menor tempo. As queixas dos sindicatos trabalhistas entre nós não se referem à celeridade do dissídio coletivo, mas à necessidade de maior *poder normativo* da Justiça do Trabalho, que consideram reduzido ou, mesmo, suprimido, com a centralização salarial nas mãos do Executivo Federal.

A comparação entre o laudo arbitral e a sentença pode ser feita em dois pontos: a qualidade e a força. Pode, em princípio, parecer que o laudo permite uma análise mais ampla do conflito, nos seus aspectos jurídicos e econômicos. Não se deve olvidar, no entanto, que, no processo jurisdicional, o juiz pode determinar a elaboração de um laudo pericial, contendo os mesmos elementos. É o que já se tem feito nos dissídios coletivos perante nossos tribunais. Quanto à força, o laudo, por si, não obriga, a não ser que as partes espontaneamente o queiram. Se descumprido, o árbitro não tem meios de impor a sua execução, e o laudo acabará sendo levado ao órgão jurisdicional, para que o vitalize, dando-lhe força coercitiva.

A sentença está sujeita a meios impugnatórios que garantem a sua apreciação em mais de um grau de jurisdição, para que menor venha a ser a possibilidade de erros. Os meios impugnatórios do laudo são incertos e variados, desembocando, também, na esfera jurisdicional[15].

5. Jurisdição

No Brasil, a solução dos conflitos coletivos na via judicial resolvia-se por meio de dissídios coletivos econômicos movidos pelo interessado depois de esgotadas as possibilidades de negociação coletiva,

15. Para uma descrição da arbitragem e o seu procedimento, ver *Arbitraje de las reclamaciones de los trabajadores* (Genebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1978), mostrando as origens nos Estados Unidos e Canadá, os dois tipos, a arbitragem facultativa e obrigatória, o árbitro, as provas, a audiência, o laudo, tudo em semelhança com um processo judicial trabalhista, suas vantagens e dificuldades a superar.

caso em que tanto o sindicato de empregados, por seu lado, como o de empregadores ou a empresa podiam ingressar com o processo contra a outra parte.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 alterou o sistema ao restringir o dissídio coletivo econômico quanto à sua propositura, condicionando-a ao mútuo consentimento das partes, o que equivale a dizer que o impulso processual é agora bilateral e não unilateral como antes.

Nos casos de greve que pode pôr em risco o interesse público, a Procuradoria do Trabalho está legitimada a ingressar com dissídio coletivo de greve, visando à solução do conflito.

Capítulo XVIII

Comissões de conciliação prévia

§ 100. Aspectos introdutórios

Sumário: 1. Modalidades de conciliação. 2. Direito comparado.

1. Modalidades de conciliação

A conciliação é uma forma autocompositiva, muito utilizada nas relações de trabalho em todos os países e que permite pôr um ponto final à disputa também por meio da própria deliberação dos litigantes.

Há mais de um modelo de conciliação, e os autores fazem uma longa classificação teórica, que passa a ser resumida.

A conciliação pode ser *extrajudicial* ou *judicial*; aquela é prévia ao ingresso da ação no Judiciário, via de regra é colegiada por meio de um órgão com atribuições para esse fim, que será sindical ou não; esta, a judicial, perante um Tribunal, diverso daquele que julgará o caso ou perante o mesmo Tribunal, como o Tribunal de Conciliação, na *Alemanha*, diferente daquele que julga a questão.

Há conciliações *privadas* e *públicas*, na conformidade da natureza do órgão ou da pessoa que as promoverá; a conciliação sindical é privada, e a conciliação judicial e a perante o Ministério do Trabalho são públicas.

A conciliação será, ainda, *prévia* ou *posterior* à eclosão dos conflitos; nos casos de atividades essenciais há países que exigem, antes da greve, a tentativa de conciliação como condição de legalidade da paralisação ou a arbitragem obrigatória.

Classifica-se, também, a conciliação em *unipessoal* ou *colegiada*, de acordo com a pessoa do conciliador, uma pessoa ou um colegiado ou órgão conciliador.

2. Direito comparado

Há modelos nos quais os órgãos jurisdicionais são competentes também para a conciliação; por exemplo, incorporam uma fase inicial ou final de conciliação, como função do colegiado ou como atribuição monocrática do Presidente, como na *Alemanha*.

Esses sistemas sofrem a crítica de que a conciliação é prejudicada quando integra o processo judicial perante o próprio órgão que vai decidir; é que a conciliação exige tempo para que sejam ouvidas as partes com cuidado, apontados os aspectos que poderão pesar na decisão, e nem sempre o número de audiências que um órgão judicial está obrigado a fazer permite que dê à fase conciliatória a atenção que deve merecer.

Em *Portugal* já existiram comissões de conciliação, mas foram extintas, e hoje a tentativa de conciliação é judicial (CPT, art. 50, Decreto-lei n. 272-A, de 30-9-1981). Nos conflitos coletivos a Lei de Relações Coletivas de Trabalho, art. 30, prevê a possibilidade de conciliação facultativa.

Na *França*, os *Conseils de Prud'Hommes* são divididos em órgãos de conciliação e órgãos de instrução e julgamento; o dissídio individual é submetido primeiro àquele, e, não havendo conciliação, a este, onde prosseguirá.

Outro sistema é o da duplicidade de atribuições. A conciliação compete a órgão diferente daquele que terá competência para o processo judicial e o julgamento. Há, portanto, a repartição das funções, e a conciliação é ato que se desenvolve no plano extrajudicial, também, sem prejuízo da conciliação judicial.

A conciliação é também praticada perante um órgão da Administração Pública.

No *México*, há a conciliação judicial e a extrajudicial, esta por um corpo de funcionários conciliadores.

Na *Costa Rica*, o Ministério do Trabalho tem um serviço de conciliação, e, quando requerido por uma das partes, é obrigatório o comparecimento da outra parte.

Na *Colômbia*, o *Código Procesal del Trabajo* (arts. 19 e s.) prevê a conciliação antes ou depois da apresentação judicial da demanda. Dispõe o art. 20: "A pessoa que tiver interesse em conciliar uma controvérsia poderá solicitar verbalmente, antes de propor a demanda, que o Juiz competente ou o Inspetor do Trabalho faça a correspondente citação com o dia e hora para tal fim". E o art. 22: "Também se poderá efetuar a conciliação em qualquer das instâncias, sempre que as partes, de comum acordo, o solicitem".

Na *Espanha*, de acordo com a *Ley de Procedimiento Laboral*, compete a um organismo público a conciliação prévia, mas os acordos coletivos podem, também, instituir organismos para o mesmo fim.

Na *Itália*, há a *conciliação facultativa em sede sindical* ou *em sede administrativa*.

A matéria é prevista pela Lei n. 533, de 1973, que dispõe sobre controvérsias individuais.

Em sede administrativa, a conciliação é disciplinada pelos seguintes dispositivos:

"Art. 410. Tentativa facultativa de conciliação. Aqueles que pretendem propor em juízo uma demanda relativa às relações previstas no artigo precedente (relações de trabalho subordinado privado, mediação, parceria, coparticipação agrária, representação comercial e outras relações de colaboração, relações de trabalho dependentes de entes públicos que exercem atividade econômica) e não estão sujeitos aos processos de conciliação previstos nos contratos e acordos coletivos, podem promover mediante um trâmite perante uma associação sindical, a tentativa de conciliação perante a comissão de conciliação, na circunscrição em que se encontra a empresa ou um estabelecimento desta, à qual está vinculado o trabalhador, ou perante a qual ele prestava o seu trabalho no momento do fim do contrato".

A comissão, recebendo o pedido, tentará a conciliação da controvérsia, convocando as partes para uma reunião, que será realizada no prazo de 10 dias do recebimento daquele.

Sob a direção do diretor do escritório provincial do trabalho e da ocupação, é instituída em cada província, perante o escritório provincial do trabalho e da ocupação, uma comissão provincial de conciliação, composta pelo diretor do mesmo escritório ou seu delegado, na qualidade de presidente, de quatro representantes titulares e quatro suplentes de representantes do empregador e de quatro titulares e quatro suplentes representando os trabalhadores, designados pela respectiva organização sindical mais representativa na base nacional.

Comissões de conciliação podem ser instituídas, com a mesma modalidade e composição precedente, também perante a seção regional dos escritórios provinciais do trabalho e da ocupação.

O procedimento de conciliação terminará com a total composição, ou o insucesso total, ou a solução parcial da controvérsia.

Em qualquer hipótese, haverá um termo no qual se atestará o seu desfecho. Se negativa, o termo conterá a indicação da conclusão frustrada. No caso de desfecho positivo, o termo é homologado pelo pretor, cujo ato terá finalidade meramente formal de dar força executiva ao documento.

A *conciliação em sede sindical* tem autonomia, é uma forma alternativa da conciliação administrativa, exercitável quando prevista nos contratos coletivos cujas regras serão observadas, às vezes praticada também mesmo sem previsão de um contrato coletivo. Não há hierarquia entre as duas formas, a administrativa e a sindical. O contrato coletivo pode prever a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, caso em que será um pressuposto processual, porém com a discordância, nesse ponto, de parte dos doutrinadores, que permitem o acesso direto ao juiz. O termo de conciliação é depositado também perante o escritório provincial do trabalho num primeiro momento e submetido ao pretor posteriormente. O primeiro órgão tem por função examinar a regularidade da maior representatividade do sindicato cujo contrato coletivo é seguido. A homologação do pretor é para os mesmos fins da conciliação administrativa.

No *Peru* foi promulgada a *Ley de Conciliación*, n. 26.872, de 12 de novembro de 1997, prevendo a criação de Centros de Conciliação, que são pessoas jurídicas públicas ou privadas para o exercício da função conciliatória sobre direitos disponíveis.

Na *Suécia* um serviço oficial de conciliação e mediação autônomo e independente encarrega-se desses atos.

Na *Argentina*, a conciliação compete a um profissional da área jurídica que integra uma lista do Ministério da Justiça. Um órgão do Ministério do Trabalho e Seguridade Social (SECLO) expede um certificado de que foi esgotado o procedimento de conciliação obrigatória realizado perante o profissional designado pelo Estado. O conciliador convoca as partes para a tentativa de acordo; será evitada a renúncia de direitos; se efetivado, é redigida uma ata, assinada por ele e pelas partes. O documento, apresentado ao SECLO, passa a ter efeito de coisa julgada, valendo como título executivo extrajudicial. Há estimativas de conciliações em 30 a 40% dos casos. Cabe ao empregador pagar os honorários do conciliador em valores fixados pelo Poder Público ou de um Fundo Especial constituído para esse fim.

No *Uruguai*, de acordo com o Decreto-lei n. 14.188, de 5 de abril de 1974, não é possível iniciar um processo judicial trabalhista se antes não há a tentativa de conciliação prévia perante o *Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social*.

Na *Espanha*, a conciliação prévia é obrigatória nos conflitos individuais, antecedendo o processo judicial. É praticada perante o instituto de mediação, arbitragem e conciliação, e os termos acordados têm força executiva perante a magistratura do trabalho.

A *Ley de Procedimiento Laboral* (Real Decreto Legislativo n. 521/1990) declara que (art. 63) será requisito prévio para a tramitação do processo a tentativa de conciliação perante o serviço administrativo correspondente ou perante o órgão que assuma essas funções, que poderá constituir-se mediante os acordos interprofissionais ou os convênios coletivos a que se refere o art. 83 do Estatuto dos Trabalhadores. Porém (art. 64.1), "excetuam-se desse requisito os processos que exijam reclamação prévia na via administrativa, os que versarem sobre seguridade social, os relativos ao gozo de férias e a matéria eleitoral, os de impulso de ofício, os de impugnação dos convênios coletivos, os de impugnação dos Estatutos dos Sindicatos ou de sua modificação e os de tutela da liberdade sindical", e, igualmente, os "processos nos quais sendo parte demandada o Estado ou outro ente público também o forem pessoas privadas, sempre que a pretensão tiver de ser submetida ao trâmite da reclamação prévia e neste se puder decidir o assunto litigioso"; "os casos

em que, iniciado o processo, seja necessário dirigir a demanda em face de pessoas diferentes das inicialmente demandadas".

A apresentação do pedido de conciliação suspenderá os prazos de caducidade e interromperá os de prescrição. O cômputo da caducidade será reiniciado no dia seguinte ao da tentativa de conciliação ou transcorridos quinze dias desde a sua postulação, quando não tiver sido celebrada.

Em todos os casos, transcorridos 30 dias sem celebrar-se o ato de conciliação, ter-se-á por terminado o procedimento e cumprido o trâmite.

Também serão suspensos os prazos de caducidade e interrompida a prescrição pela subscrição de um compromisso arbitral, celebrado em virtude dos acordos interprofissionais e dos convênios coletivos a que se refere o art. 83 do Estatuto dos Trabalhadores. Nesses casos, o cômputo da caducidade será reiniciado no dia seguinte àquele em que for adquirida definitividade pelo laudo arbitral: havendo interposição de um recurso judicial de anulação do laudo, o reinício terá lugar desde o dia seguinte à definitividade da sentença que for ditada.

A assistência ao ato de conciliação é obrigatória para os litigantes.

Quando, devidamente citadas as partes para o ato da conciliação, não comparecer o solicitante nem alegar justa causa, ter-se-á por não apresentada a papeleta de conciliação, arquivando-se todo o autuado.

Se não comparecer a outra parte de conciliação, ter-se-á a conciliação por tentada sem efeito, e o juiz ou tribunal deverá alegar temeridade ou má-fé se a ausência for injustificada, impondo a multa prevista no art. 97.3, se a sentença que nesse dia proferir coincidir essencialmente com a pretensão contida na papeleta.

O acordo de conciliação poderá ser impugnado pelas partes e por aqueles que podem sofrer um prejuízo, perante o juizado ou tribunal competente para conhecer do assunto objeto da conciliação, mediante o exercício da ação de nulidade pelas causas que invalidam os contratos.

A ação caducará nos 30 dias seguintes àquele em que foi aceito o acordo. Para os possíveis prejudicados, o prazo será contado desde que o conheçam.

O acordado em conciliação terá força executiva entre as partes intervenientes, sem necessidade de ratificação perante o juiz ou tribunal, podendo ser executado pela forma prevista para o trâmite das sentenças.

§ 101. A legislação vigente

Sumário: 1. O sistema do Brasil. 2. Principais problemas jurídicos.

1. O sistema do Brasil

No Brasil, a CLT (art. 613, V) dispõe sobre o conteúdo das convenções e acordos coletivos: "As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente: ... V — normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenentes por motivo de aplicação de seus dispositivos".

O mesmo diploma legal dispõe sobre a conciliação judicial (arts. 846 e 850).

A Constituição Federal (art. 114) condiciona o dissídio coletivo ao esgotamento da tentativa de negociação.

O art. 625-A da CLT, com a redação da Lei n. 9.958, de 2000, que entrou em vigor em 12 de abril, criou comissões prévias de conciliação.

O projeto inicial foi modificado. Previa as comissões em caráter obrigatório nas empresas com até 50 empregados, públicas ou privadas, bem como outros entes públicos que contratarem trabalhadores sob o regime da Consolidação. Não cogitava da possibilidade de criação de comissões pelos sindicatos.

Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à *comissão de conciliação prévia* se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída.

A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro ou interessados. Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada, com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

Lembre-se, de início, que para a empresa a criação de comissões é facultativa. Mas podem ser instituídas em nível de empresas, grupos de empresas e nos sindicatos, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho (CLT, art. 625-A). Pode a empresa não se ter interessado em criar a sua comissão, mas, se existir a do sindicato da sua categoria, por acordo intersindical com o sindicato dos trabalhadores, a comissão sindical fará as vezes daquela que a empresa não montou.

A comissão instituída no âmbito do sindicato terá a sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo. Desse modo, a empresa deverá ter uma cópia da convenção coletiva para seguir as cláusulas desta.

A montagem da comissão intersindical não trará para a empresa problemas quanto a sua criação, uma vez que tudo ficará a cargo dos sindicatos pactuantes, que, entre si, tomarão todas as providências, segundo a convenção coletiva estipulada. Mas a empresa, como terá de comparecer a essas comissões no caso de perante elas o empregado demandar a conciliação, deverá estar preparada para isso.

Continua vigente a obrigação de homologar, perante o sindicato ou a DRT, os pagamentos na rescisão do contrato de trabalho do empregado com mais de um ano de casa, nos mesmos termos previstos pela CLT, no art. 477. Portanto, se a empresa reconhece que despediu sem justa causa, deverá fazer a homologação como sempre fez. O que não for pago (por exemplo, horas extras) porque é controvertido é que passará para a comissão nos mesmos moldes existentes.

Se a empresa (ou o grupo de empresas) criar a sua comissão:

a) definirá a sua composição; a comissão será composta por representantes dos empregados e dos empregadores; no âmbito de em-

presa, terá, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, metade indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional; haverá tantos suplentes quantos forem os representantes titulares. O mandato dos seus membros é de um ano, permitida uma recondução. É vedada a dispensa dos representantes de empregados, membros da comissão, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave. O representante dos empregados desenvolverá o seu trabalho normal, na empresa, afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade;

b) o sindicato terá o direito de fiscalizar as eleições dos representantes dos trabalhadores, e, para esse fim, convém enviar uma comunicação a ele, por fax ou outro meio; note-se que não será uma convocação ou um convite, mas mera comunicação, cabendo ao sindicato comparecer ou não; a eleição poderá ou não, nesse caso, ser realizada, a critério dos empregados da empresa;

c) preparará os seus conciliadores; para esse fim convém que façam um treinamento especializado, na empresa ou fora dela, para verem como funciona a comissão, em sua atividade normal;

d) escolherá o perfil dos seus conciliadores (convém que sejam pessoas ligadas ao setor de recursos humanos, departamento pessoal ou jurídico).

Caso existam, na mesma localidade e para a mesma categoria, comissão de empresa e comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

A comissão poderá ser instituída por estabelecimento.

Cabe à empresa fornecer local adequado (uma sala) para o funcionamento da comissão. Aos membros desta, em reunião prévia, competirá distribuir, entre si, as suas funções. Com toda certeza, um deles terá de redigir termos de conciliação e declarações de tentativas de conciliação não efetivadas, e para tanto convém que a empresa disponha de modelos próprios para esse fim.

Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da comissão, fornecendo-se cópia às partes. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial, e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

As comissões terão o prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração para efeito de ingresso com a reclamação perante a Justiça do Trabalho.

O prazo prescricional fica suspenso a partir da provocação da comissão, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto.

Se surgirem questões jurídicas das quais dependerá ou não o desfecho da conciliação, a comissão não terá poderes legais para decidi-las, uma vez que sua função é apenas conciliatória; não poderá determinar às partes a apresentação de provas e documentos, mas nada impedirá de consultá-las sobre se dispõem destes e se querem apresentá-los para facilitar a compreensão do caso. A comissão não votará pela conciliação ou não. Não é ato seu. A ela compete decidir se farão ou não a conciliação. Logo, não se trata de órgão julgador, mas simplesmente conciliador. Conciliar significa persuadir as partes a chegar a um acordo, mostrando os aspectos favoráveis e desfavoráveis para cada uma delas.

A comissão poderá interromper a sessão e continuar em outro dia, desde que não exceda o prazo legal, para, no caso de questões jurídicas ou contábeis, orientar-se com os respectivos advogados e contadores. Não é possível impedir as partes de comparecerem acompanhadas de advogado.

O termo de conciliação não terá de especificar os títulos e valores discriminadamente, mas dele deverão constar quais foram os direitos pleiteados, para que se saiba que o valor global que está sendo pago os incluirá.

O empregado tem o direito de pedir que conste uma ressalva no termo de conciliação, caso em que, sobre os itens ressalvados, poderá ingressar na Justiça do Trabalho.

2. Principais problemas jurídicos

Entre as questões jurídicas que o tema oferece serão apreciadas as principais.

Primeira, a *indisponibilidade* de direitos trabalhistas, o que quer dizer que, se o trabalhador não pode dispor, por sua vontade, de alguns dos seus direitos, por consequência esses direitos não poderiam ser conciliáveis, porque nesse caso estaria ocorrendo a violação do princípio da indisponibilidade. A delicada questão leva o intérprete, de início, a dizer o que são e quais são os direitos indisponíveis. Não há avanços substanciais da doutrina. Limita-se a dizer que indisponíveis são os direitos que não podem ser alienados pelo trabalhador, mas não tem maior acolhida a tese de que todos os direitos trabalhistas são indisponíveis, uma vez que são habituais as situações nas quais muitos direitos trabalhistas são transacionáveis, ainda que mais limitada seja a possibilidade de renúncia, embora também essa possibilidade não seja totalmente afastada, aspecto que remete o intérprete para o estudo específico da renúncia e da transação no direito do trabalho quanto a horas extras, repouso, trabalho noturno, 40% do FGTS, normas especiais de tutela do trabalho da mulher, do menor etc.

Segunda, o princípio constitucional do direito de acesso ao Poder Judiciário, para alguns ferido com a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia, para outros não afetado, por se tratar de mera condição da ação, como nos parece ser. As comissões de conciliação prévia não constituem óbice ao acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º da Constituição Federal, na medida em que são instâncias prévias conciliatórias, e a comissão deve dar resposta à demanda em 10 dias, o que de forma alguma representa impedimento de ingressar com ação no Judiciário. Quanto à obrigatoriedade de tentativa prévia de conciliação e ao acesso a jurisdição, é o sistema da Espanha — país no qual não se pode ingressar com uma ação trabalhista, salvo exceções, sem antes tentar a conciliação, sob pena de carência de ação —, da Argentina, do Uruguai e, atualmente, também da Itália, matéria regida mais por convenções coletivas, embora exista uma lei processual.

Terceira, a interpretação da eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas, para alguns abran-

gente de todo o contrato de trabalho, menos quanto ao ressalvado, para outros restrita às pretensões por escrito relacionadas na demanda conciliatória, de modo que as parcelas não incluídas nessa relação poderiam ser reclamadas, desde que, por óbvio, previamente submetidas à tentativa de conciliação, para ser cumprida a condição da ação.

Quarta, a discussão sobre a possibilidade de conciliação prévia no curso do contrato individual de trabalho, não vedada pela lei, admitida, portanto, essa hipótese, sempre tendo em vista que a finalidade das comissões é evitar o processo judicial.

Quinta, a definição do ou dos sindicatos com direito de fiscalizar eleições para escolha de representantes dos trabalhadores em comissões de empresa ou grupo de empresas, nos casos de categorias diferenciadas. Os candidatos à eleição da representação dos trabalhadores, se unicamente membros da categoria preponderante, habilitam o respectivo sindicato a fiscalizar as eleições, porém, havendo candidatos que integram categoria diferenciada, também este sindicato, ao lado daquele, terá o direito de fiscalizar a eleição.

Sexta, o tipo de ação judicial cabível para executar o termo de conciliação não pago pela empresa, ou seja, se esse título executório extrajudicial, que é o termo de conciliação perante a comissão, habilita, desde logo, o início da execução ou se exige a fase cognitiva, o que seria, a meu ver, desnecessário; como título executivo extrajudicial, permite, desde logo, a execução, que se inicia com a citação para pagar em 48 horas, sob pena de penhora; a defesa, para os casos de abuso, poderia ser feita por meio de uma figura nova, a exceção da pré-executividade.

Sétima, a dimensão da discussão sobre a conciliação, uma vez que é vista sob a perspectiva *jusfilosófica* e a *técnico-operacional*, esta levando à aplicação de legislação, aquela à avaliação da conciliação. A conciliação é, segundo uma opinião, instrumento de espoliação dos direitos dos trabalhadores. Outros, em maioria, entendem que a conciliação é uma técnica universal de composição dos conflitos de trabalho, usada por todos os países. O campo próprio para a discussão jusfilosófica é o doutrinário. Perante o ordenamento jurídico a cumprir,

a questão não deve extrapolar o âmbito da análise técnico-jurídica das leis vigentes no País.

Oitava, a absorção, pela conciliação, dos direitos devidos e que devem ser pagos pelo empregador, homologados na forma do art. 477 da CLT, de modo que cronologicamente duas fases devem ser diferenciadas: a primeira, o pagamento do devido com a respectiva homologação; a segunda, a conciliação dos direitos controvertidos não pagos na homologação, a este campo pertencendo a atuação das Comissões, o que nem sempre tem sido observado.

Bibliografia

Abrantes, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Ed., 2005.

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Actualidad del derecho del trabajo*. Coord. Mario Pasco Cosmópolis, Lima, 2009.

Adam, Patrice. *L'Individualisation du Droit du Travail.* Paris, LGDJ, 2005.

Aftalión, Enrique R., García Olano, Fernando & Vilanova, José. *Introducción al derecho*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

Albuquerque et al. *Relaciones laborales en América Latina*. Coord. Alvarez, Oscar Hernández, Barquisimeto, Ucla e Art, 1990.

Aliprantis, Nikitas. *La place de la convention collective dans la hierarquie des normes*. Paris, LGDJ, 1980.

Almeida, Amador Paes de. *Direitos trabalhistas na falência e na concordata do empregador*. São Paulo, LTr, 1996.

Almeida, Gregório Assagra. *Direito material coletivo*. São Paulo, Del Rey, 2008.

Almeida, Isis de. *O regime de trabalho temporário*. São Paulo, Saraiva, 1977.

Álvares da Silva, Antonio. *Cogestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo, LTr, 1991.

————. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 1991.

Alvarez, Oscar Hernández. *O pacto social na América Latina*. São Paulo, LTr, 1996.

Amado, João Leal. *A proteção do salário.* Coimbra, separata do v. XXXIX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993.

Amorim e Souza, Ronald. *Manual de legislação social*. São Paulo, LTr, 1992.

Andrade, Everaldo Gaspar Lopes. *O Mercosul e as relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 1993.

————. *Curso de direito sindical*. São Paulo, LTr, 1991.

Andrade, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra, Livr. Almedina. 2003.

Antunes, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. Porto, Almedina, 2002.

Araújo, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo, LTr, 1996.

Ardau, Giorgio. *Manuale di diritto del lavoro.* Milano, Giuffrè, 1972.

Armstrong, Boroschek, Francisco Walker, Piccinini, Orlandino & Muga. *El futuro de las relaciones industriales en Chile*. Santiago, Ed. Nascimento, 1975.

Arochena, J. F. Lousada. El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual. Granada, Comares, 1996.

Arouca, José Carlos. *O sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo, LTr, 2003.

————. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo, LTr, 2006.

Ascensão, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva brasileira.* Lisboa, Editorial Verbo, 1987.

Assis, Rui. *O poder de direção do empregador.* Coimbra, Coimbra Ed., 2005.

Attali, Jacques. *Uma breve história do futuro* (trad.). São Paulo, Novo Século, 2008.

Aviles, Antonio Ojeda. *Derecho sindical*. Madrid, Technos, 1984.

————. *Los trabajadores temporales*. Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1973.

Aviles, José Antonio Fernández. *Configuración jurídica del salario*. Granada, Comares, 2001.

Baca, José Montenegro. *Jornada de trabajo y descansos remunerados*. Lima, Impr. Salas, 1959.

Baptista, Mercadante & Casella. *Mercosul, das negociações à implantação*. São Paulo, LTr, 1994.

Barassi, Lodovico. *Il contratto di lavoro*. Milano, SEL, 1915.

Barbagelata, Hector Hugo. *Derecho del trabajo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978.

————. *El particularismo del derecho del trabajo*. Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1995.

————. *O particularismo do direito do trabalho.* São Paulo, LTr, 1996.

Barrios, Raúl Saco. *"Jus variandi". Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral*. Lima, OIT-CIAT, 1993.

Barros, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997.

————. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.

————. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo, LTr, 1997.

————. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*. São Paulo, LTr, 2001.

Barros Jr., Cássio de Mesquita. *Transferência de empregados urbanos e rurais*. São Paulo, LTr, 1980.

————. *Perspectivas do direito do trabalho no Mercosul*. São Paulo, EDUSP, 1993.

————. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo, LTr, 2005.

Barroso, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado.* Curitiba, Juruá, 2004.

Basso, Maristela (Coord.). *Mercosul*. Porto Alegre, Livr. do Advogado Ed., 1997.

Batalha, Wilson de Souza Campos & Batalha, Silvia Marina Labate. *Sindicatos — sindicalismo.* São Paulo, LTr, 1994.

Belmonte, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho.* São Paulo, LTr, 2004.

————. *Instituições civis no direito do trabalho*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

Beltran, Ari Possidonio. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho — globalização e direitos sociais*. São Paulo, LTr, 1998.

Bergel, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris, Dalloz, 1989.

Bittar, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo, Forense, 2000.

Blainey, Geoffrey. *Uma breve história do mundo* (trad.). São Paulo, Fundamento Educacional, 2007.

Blanco, Martín. *El contrato de trabajo*. Madrid, 1957.

Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* (trad.). São Paulo, EUB, 1989.

————. *Nem com Marx nem contra Marx (*trad*.).* São Paulo, Unesp, 2006.

Bochel, Alain. *La participation des syndicats ouvriers aux fonctions économiques et sociales de l'État*. Paris, LGDJ, 1965.

Boers & Honeyball. *Labour law*. Great Britain, 1996.

Bognetti, Giovanni. *Federalismo.* Torino, Universitária, 2009.

Boldt, Camerlynck, Horion, Kayser, Levenbach & Mengoni. *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*. Milano, Eurolibri/Giuffrè, 1965.

Boldt, Durand, Horion, Kayser, Mengoni & Molenar. *Grève et "lockout"*. Luxemburgo, CECA, 1961.

Bondensan, Altino. *Sindicalismo no Brasil*. São Paulo, LTr, 1964. v. 28.

Boubée, Gabriel Roujou de. *Essai sur l'acte juridique collectif*. Paris, LGDJ, 1961.

Boucinhas Filho, Jorge Cavalcanti. *Discriminação por sobrequalificação*. São Paulo, LTr, 2009.

Branca, Giorgio. *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*. Padova, CEDAM, 1971.

Branca, Rosso, Balzarini, Leoni, Bagiotti, Verger, Durica & Simonetto. *Diritto di sciopero*. Padova, CEDAM, 1968.

Brichet, Robert. *Associations et syndicats*. Paris, Ed. Techniques, s. d.

Brun, André & Galland, Henri. *Droit du travail*. Paris, Sirey, 1978.

Buen L., Nestor de. *Derecho del trabajo*. México, Porrúa, 1989.

————. *A solução dos conflitos trabalhistas* (trad.). São Paulo, LTr, 1986.

Bugarola. *Sociología y teología de la técnica*. Madrid, BAC, 1957.

Cabanellas. *Compendio de derecho laboral*. Buenos Aires, Omeba, 1968.

————. *Derecho de los riesgos del trabajo*. Buenos Aires, Omeba, 1968.

Cabral, Adelmo de Almeida. *Adicionais no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1994.

Caldera, Rafael. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires, El Ateneo, 1972.

Camerlynck. *Traité de droit du travail*; contrat de travail. Paris, Dalloz, 1968.

Campero et al. *Os atores sociais no novo mundo do trabalho* (trad.). São Paulo, LTr, 1994.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993.

Canotilho, J. J. Gomes & Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra Ed., 1991.

Canut, Florence. *L'ordre public en droit du travail*. Paris, LGDJ, 2004.

Carone, Edgard. *A República Velha*. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1970.

Carrion, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

Casella, João Carlos. *Regimes de repouso semanal remunerado*. São Paulo, LTr, 1984.

Casella, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas — integração e consolidação de espaço econômico*. São Paulo, LTr, 1996.

Cassì, Vincenzo. *La retribuzione nel contratto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 1953.

————. *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro.* Milano, Giuffrè, 1947.

Castelar, Armando. *Judiciário e economia no Brasil.* São Paulo, Ed. Sumaré, 2000.

Castels, Robert. *As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário* (trad.). Petrópolis, Ed.Vozes, 1988.

Castillo, Niceto Alcalá Zamora Y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, Unan, 1970.

Cátala, Nicole. *Droit du travail*; l'entreprise. Paris, Dalloz, 1980.

Catharino, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho*. São Paulo, Ed. Jurídica e Universitária, 1972.

————. *Em defesa da estabilidade*. São Paulo, LTr, s. d.

————. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo, LTr, 1977.

————. *Tratado jurídico do salário*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951.

Caupers, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição.* Coimbra, Almedina, 1985.

Cavazos Flores, Baltasar. *35 lecciones de derecho laboral*. México, Ed. Trillas, 1982.

Cesarino Júnior, Antonio Ferreira. *Direito social*. São Paulo, LTr, 1980.

————. *Estabilidade e fundo de garantia*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

Chahad, José Paulo Zeetano & Cacciamali, Maria Cristina. *Mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, 2003.

Chiarelli, Carlos Alberto. *Sindicato e contrato coletivo de trabalho*. Pelotas, 1965 (Tese).

————. *Teoria e prática do sindicalismo brasileiro*. São Paulo, LTr, 1974.

————. *Trabalho na Constituição*. São Paulo, LTr, 1989.

_____. *Trabalho: do hoje para o amanhã.* São Paulo, LTr, 2006.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.* São Paulo, Saraiva, 2005.

————. *Manual de direito comercial*. São Paulo, Saraiva, 2006.

Cordeiro, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 1991.

————. *Tratado de direito civil português*. Coimbra, Almedina, 2005.

————. *Da situação jurídica laboral*; perspectivas dogmáticas do direito do trabalho. Portugal, ROA, 1982.

Cordeiro, António Menezes e Rocha, Antonio Manuel. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra, Coimbra Ed., 2001.

Córdova, Efrén. *As relações coletivas de trabalho na América Latina*. São Paulo, LTr, 1985.

————. *Pactos sociais*. São Paulo, Ibrart, 1985.

————. *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina.* Genève, OIT, 1981.

Córdova, Efren; Valenzuela, Emílio Morgado. *Inflação, política salarial e relações de trabalho*. São Paulo, Ibrart, 1984.

Corrêa, Alcione Niederauer. *O novo regime de férias*. São Paulo, LTr, 1977.

Corrêa, Jaime Montalvo. *Fundamentos de derecho del trabajo*. Madrid, Ed. Civitas, 1975.

Cosmópolis, Mário Pasco et al. *Los sindicatos en Iberoamérica*. Lima, Aele, 1988.

————. *La extinción de la relación laboral*. Lima, Aele, 1987.

Cotrim Neto. *Contrato e relação de emprego*. São Paulo, Max Limonad, 1944.

Coutourier, Gérard. *Droit du travail*. Paris, PUF, 1991.

Cretella Júnior, José. *Empresa pública*. São Paulo, Bushatsky, 1973.

Cristofaro, Marcelo de. *L'organizzazione spontanea dei lavoratori*. Padova, CEDAM, 1972.

Dallegrave Neto, José Affonso. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

————. *Direito do trabalho contemporâneo — flexibilização e efetividade*. São Paulo, LTr, 2003.

Damasceno, Fernando A. V. *Equiparação salarial*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1995.

David, Marcel. *Les travailleurs et le sens de leur histoire*. Paris, Ed. Cujas, 1967.

Davidoff, Linda L. *Introdução à psicologia* (trad). São Paulo, McGraw-Hill do Brasil, 1983.

De Ferrari, Francisco. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires, Depalma, 1968.

De Fusco, Enzo. *Il contratto di inserimento.* Experta, Trento, 2005.

De la Cueva, De Ferrari, Russomano, Olea, Ruprecht & Allocati. *Derecho colectivo laboral*. Buenos Aires, Depalma, 1973.

De la Cueva, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México, Porrúa, 1960.

————. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México, Porrúa, 1972.

Del Castilho, Santiago Perez. *O direito de greve* (trad.). São Paulo, LTr, 1994.

Delgado, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.

_____. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo, LTr, 2002.

Dell'Olio, Matteo & Branca, Giorgio. *L'organizzazione e l'azione sindicale*. Milano, CEDAM, 1980.

De Luca, Carlos Moreira. *Convenção coletiva de trabalho*. São Paulo, LTr, 1991.

Del Vecchio, Gianpiero. *Il lavoro a progetto.* Roma, Buffetti, 2007.

De Masi, Domenico. *Criatividade e grupos criativos. Descoberta e invenção* (trad.). Rio de Janeiro, Ed. Sextante, 2005.

Despax, Michel. *Conventions collectives*. Paris, Dalloz, 1966.

————. *L'entreprise et le droit*. Paris, LGDJ, 1957.

Deveali, Mario L. et al. *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires, La Ley, 1964.

Dieste, Juan Francisco. *Relações de trabalho nas pequenas e médias empresas*. São Paulo, LTr, 1997.

Donato, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1977.

Dray, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 1999.

Duarte Neto, Bento Herculano. *Direito de greve: aspectos genéricos e legislação brasileira*. São Paulo, LTr, 1993.

Dumont, Jacques & Cliquet, Maurice. *Les salaires*. Paris, Sirey, 1979.

Dupas, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado.* São Paulo, Paz e Terra, 2003.

————. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

Durand, Paul & Jaussaud. *Traité de droit du travail*. Paris, Dalloz, 1950.

Durkheim, Émile. *As regras do método sociológico.* São Paulo, Martins Fontes, 2003.

————. *Lições de sociologia*. São Paulo, Martins Fontes, 1922.

Erstling, Joy. *El derecho de sindicación*. Genève, OIT, 1978.

Falzea, Angelo. *Introduzione alle scienze giuridiche*. Milano, Giuffrè, 1992.

Faria, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Direito e justiça. *A função social do Judiciário.* São Paulo, Ática, 1989.

Favalli, Giacinto; Rotondi, Francesco. *Licenziamenti collettivi*. Itália, Il Edizione, 2009.

Favennec-Henry e Venkindt. *Droit du travail*. Paris, EJA, 2007.

Felker, Reginald. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho.* São Paulo, LTr, 2006.

Fernandes, Anníbal. *A Constituição da transição democrática e os trabalhadores*. São Paulo, Prol, s. d.

Fernandes, António Lemos Monteiro. *Noções fundamentais de direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 1976.

————. *Direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 2006.

Ferrari, Irany. *O trabalhador avulso e o profissional autônomo*. São Paulo, LTr, 1972.

Ferrari, Irany, Martins Filho, Ives Gandra da Silva & Nascimento, Amauri Mascaro. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

Ferrari, Irany e Martins, Melchíades Rodrigues. *Dano moral. Múltiplos aspectos nas relações de trabalho.* São Paulo, LTr, 2006.

Ferraz, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho.* São Paulo, LTr, 2006.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1971.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo, Saraiva,2003.

Ferri, Luigi. *Lezioni sul contratto*. Bologna, Patron Ed., 1975.

Figueiredo, Guilherme José P. *O Estado no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1996.

————. *Direito ambiental e saúde dos trabalhadores*. São Paulo, LTr, 2000.

Figueiroa, Guillermo Guerrero. *Derecho colectivo del trabajo*. Bogotá, 1977.

Fiuza, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2002.

Florindo, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.

Fois, Sérgio. *Sindicati e sistema politico*. Milano, Giuffrè, 1978.

Folch, Alejandro Gallart. *El sindicalismo*. Buenos Aires, Zavalia, 1957.

Fonseca, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho da pessoa com deficiência*. São Paulo, LTr, 2006.

Franck, Hubert. *Condition resolutoire, stabilité de l'emploi et libertés fondamentales*. Liège, Faculdade de Direito, 1979.

Franco Filho, Georgenor de Souza. *A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil*. São Paulo, LTr, 1990.

————. *Direito do trabalho e a nova ordem constitucional.* São Paulo, LTr, 1991.

————. *Curso de direito coletivo do trabalho* (Estudo em homenagem ao Min. Orlando T. da Costa). São Paulo, LTr, 1997.

————. *Trabalho da mulher.* São Paulo, LTr, 2009.

Franco, Tomas Sala & Montesinos, Ignacio Albiol. *Derecho sindical*. Valencia, Ed. TB, 1989.

Freire, Aderbal. *Direito ao descanso*. Fortaleza, Tip. Minerva/Assis Bezerra, 1937.

Freitas Júnior, Antônio Rodrigues de. *Conteúdo dos pactos sociais*. São Paulo, LTr, 1993.

Freund, Otto Kahn. *Labour and the law*. London, SM, 1983.

Friedmann, Georges & Naville, Pierre. *Traité de sociologie du travail*. Paris, Armand Colin, 1964.

Friedman, Thomas L. *O mundo é plano* (trad.) Rio de Janeiro, Objetiva, 2005.

Furtado, Emanuel Teófilo. *Alteração do contrato de trabalho*. São Paulo, LTr, 1994.

Gacek, Stanley Arthur. *Sistemas de relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 1994.

Galantino, Luisa. *Diritto sindacale*. Torino, Giappichelli, 1992.

————. *Lineamenti di diritto comunitario del lavoro*. Torino, Giappichelli, 1997.

_____. *Diritto del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2001.

Galino, Luciano. *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*. Bari, Laterza 2007.

Garcia, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, Método, 2009.

Garcia Júnior. *Direito do trabalho no Mercosul*. São Paulo, LTr, 1997.

García, Manuel Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. Madrid, Bosch, 1964.

Garofalo, D. & Genoviva P. *Lo sciopero*. Torino, UTET, 1984.

Gênova, Leonardo de. *O princípio da proteção no século XXI*. São Paulo, LTr, 2009.

Genro, Tarso. *Direito individual do trabalho*. São Paulo, LTr, 1985.

Ghestion, Goubeaux & Fabre-Magnan. *Introduction générale de droit*. Paris, LGDJ, 1994.

Ghione, Hugo Barreto. *La obligación de formar a cargo del empleador*. Montevideo, FCU, 2001.

Giglio, Wagner. *Fundamentos e natureza jurídica das férias do trabalhador*. São Paulo, 1976 (Tese).

————. *Justa causa para despedimento do empregado*. São Paulo, Florença, 1966.

Gimenez, Denis Maracci. *Ordem liberal e a questão social no Brasil*. São Paulo, LTr, 2008.

Giordani, Francisco Alberto da Motta Peixoto; Martins, Melchíades Rodrigues & Vidotti, Tarcio José (Coord.). *Direito do trabalho rural*. São Paulo, LTr, 2005.

Giugni, Gino. *Diritto sindacale*. Bari, Caccuci, 1980.

Goldschmidt, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo, LTr, 2009

Gomes, Orlando & Gottschalk, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

————. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro, Forense, 1944.

————. *O salário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Konfino, 1947.

————. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.

Gonçalves, Emílio. *O regulamento de empresa*. São Paulo, LTr, 1977.

————. *Direitos trabalhistas dos professores*. São Paulo, LTr, 1983.

Gonçalves, Odonel Urbano & Manus, Pedro Paulo Teixeira. *Duração do trabalho*. São Paulo, LTr, 1996.

Gonçalves, Simone Cruxên. *Limites do "jus variandi" do empregador*. São Paulo, LTr, 1997.

Gonzáles, Germán Barreiro; Escanciano, Susana Rodriguez. *Reflexiones sobre el presente y el futuro del derecho español del trabajo*. Curitiba, Juruá, 2007.

Gottschalk, Egon F. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1944.

Gottschalk, Elson. *A duração do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1951.

————. *A participação do empregado na gestão da empresa*. Salvador, Progresso, 1958.

Grandi, Gaetano Zilio. *La retribuzione — fonti — struttura — funzioni.* Napoli, Jovene, 1996.

Grenspan, Alan. *A era da turbulência* (trad.). Rio de Janeiro, Campus, 2007.

Grupo de los miercoles. *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*. Montevideo, FCM, 1995.

Guanter, Caracuel, Ortega, Valdés Dal-Ré, Rodríguez, Rodríguez--Piñero & Bravo-Ferrer. *La reforma de la negociación colectiva.* Madrid, Marcial Pons, 1995.

Guastini, Riccardo. *Das fontes às normas* (trad.). São Paulo, Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005.

Guidotti, Franco. *La retribuzione nel rapporto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 1956.

Gurvitch, Georges. *L'idée du droit social*. Paris, Sirey, 1932.

————. *Le temps present et l'idée du droit social*. Paris, Lib. Philosophique J. Vrin, 1931.

Hannoun, Charley. *Le droit et les grups de societés*. Paris, LGDJ, 1991.

Hennebelle, Diane. *Essai sur la notion de salaire*. Marseille, Presses Universitaires, 2000.

Hirigoyen, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano* (trad.). Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.

————. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral* (trad.). Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.

Hobsbawm, Eric. *Mundos do trabalho* (trad.). Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2005

————. *O novo século* (trad.). São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

Hoffe, Otfried. *Democracia no mundo de hoje* (trad.). São Paulo, Martins Fontes, 2005.

Husek, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. São Paulo, LTr, 1998.

Ibarreche, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Madrid, Editorial Trotta, 1996.

Igelmo, Alberto José Carro. *Historia social del trabajo*. Barcelona, Bosch, 1977.

————. *La suspensión del contrato de trabajo*. Barcelona, Bosch, 1959.

Informe Relasur. *El sistema argentino de relaciones laborales.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

Informe Relasur. *Las relaciones laborales en el Cono Sur*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

Informe Relasur. *Las relaciones laborales en Paraguay.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1996.

Iturraspe, Juan Bernardo. *La empresa y el trabajo*. Buenos Aires, Depalma, 1964.

Jaccard, Pierre. *Historia social del trabajo*. Trad. Barcelona, Plaza e Janes, 1971.

Javillier, Jean-Claude. *Droit du travail*. Paris, Dalloz, 1978.

Jucá, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo, LTr, 1997.

Kaufmann, A.; Hassemers, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1994.

Kumar, Kristian. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna* (trad.). Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1997.

Kwant, Remy. *Filosofía del trabajo* (trad.). Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1967.

Lacerda, Dorval. *A renúncia no direito do trabalho*. São Paulo, Max Limonad, s. d.

————. *O contrato individual de trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1939.

Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

Lamarca, Antonio. *Manual das justas causas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

Lanote, Massimo. *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*. Torino, Giappichelli, 1998.

Laperrière, René. *Les systèmes juridiques de détermination des salaires*. Montreal, Les Presses de l'Université, 1974.

Laso, Augustín García & Raymond, Wilfredo Sanguinetti. *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.

Lastra, José Manuel L. *Derecho sindical*. México, Porrúa, 1991.

Lavagnini, Giovanni. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Milano, Feltrinelli, 1961.

Lefranc, Georges. *Le syndicalisme dans le monde*. Paris, PUF, 1958.

Leitão, Luis Manuel Telles de Menezes. *Direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 2008.

Leite, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo, LTr, 1997.

Leite, Júlio Cesar do Prado. *Inflação, política salarial e sindicatos no Brasil*. São Paulo, LTr, 1985.

Levi, Alberto. *Il trasferimento disciplinare del prestatore di lavoro*. Torino, Giapichelli, 2000.

Lima, Adolpho. *Estudos de economia social*; o contrato de trabalho. Lisboa, José Bastos, 1909.

Lima, Francisco Meton Marques de. *Princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. São Paulo, LTr, 1997.

Lima, Rusinete Dantas. *O trabalho rural no Brasil*. São Paulo, LTr, 1992.

Lobo, Haddock & Prado Leite. *Comentários à Constituição Federal.* Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1989.

Lobo Xavier, Bernardo Gama. *Iniciação ao direito do trabalho*. Lisboa, Ed. Verbo, 1994.

López, Federico Durán. *La acción sindical en la empresa*; su protección legal. Bologna, PPCE, 1976.

Lopez, Guilhermo. *La suspensión de la relación de trabajo*. Buenos Aires, Astrea, 1973.

Lopez, Manuel Carlos Palomeque. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid, Technos, 1975.

_____. *Direito do trabalho e ideologia* (trad.). Coimbra, Almedina, 2001.

Lopez, Manuel Carlos Palomeque & De la Rosa, Manuel Alvarez. *Derecho del trabajo*. 8. ed. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, 2000.

Lyon-Caen. *Droit social.* Paris, LGDJ, s. d.

_____. *Les relations de travail internacionales.* Paris, EL, 1991.

Magano, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1981.

_____. *Convenção coletiva de trabalho*. São Paulo, LTr, 1972.

_____. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo, Saraiva, 1982.

_____. *Organização sindical brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

Magano & Mallet. *O direito do trabalho na Constituição*. São Paulo, Forense, 1993.

Malhadas, Júlio Assumpção. *Estabilidade e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*. Curitiba, 1966, s. ed.

Mancini, Giuseppe Federico & Romagnoli, Umberto. *Il diritto sindacale*. Bologna, Il Mulino, 1971.

Manglano, Carlos Molero. *Derecho sindical*. Madrid, Dykinson, 1996.

Manrich, Nelson. *Inspeção do trabalho*. São Paulo, LTr, 1991.

_____. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

_____. *Dispensa coletiva*. São Paulo, LTr, 2000.

Mansueti, Hugo Roberto. *Derecho del trabajo en el Mercosur*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.

Mantoux, Paul. *La revolución industrial en el siglo XVIII.* Trad. Aguilar, 1962.

Manus, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. São Paulo, Atlas, 1986.

Maram, Sheldon Leslie. *Anarquistas, imigrantes e o movimento operário brasileiro*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979.

Maranhão, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro, FGV, 1966.

Martines, Pedro Romano. *O subcontrato*. Coimbra, Almedina, 1989.

_____. *Direito do trabalho.* Coimbra, Almedina, 2006.

Martins, Adalberto. *A embriaguez no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1999.

_____. *A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes*. São Paulo, LTr, 2002.

Martins, Nei Frederico Cano. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo, LTr, 1995.

Martins, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo, Malheiros Ed., 1995.

Matiello, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil.* São Paulo, LTr, 2008.

Mauad, Marcelo. *Cooperativas de trabalho, sua relação com o direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1978.

Maynes, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1971.

Mazzoni, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. Milano, Giuffrè, 1977.

Mazzotta, Oronzo. *Diritto del lavoro e diritto civile.* Torino, Giappichelli, 1994.

Medel, Jesus Lopez. *Ciencia social, derecho y sindicalismo*. Madrid, Fragua, 1975.

Melgar, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. Madrid, Technos, 1978.

Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 2008.

Mendonça, Gentil. *A interpretação no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1978.

Menezes, Geraldo Bezerra de. *O direito do trabalho e a seguridade social na Constituição*. Rio de Janeiro, Pallas, 1976.

Mesquita, Eduardo Melo. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência.* Curitiba, Juruá, 2006.

Mesquita, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1950.

————. *Das gratificações no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1973.

Messineo, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano, Giuffrè, 1973.

Monteiro de Barros, Alice. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.

————. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo, LTr, 1997.

———— (Coord.). *Curso de direito do trabalho: em memória de Célio Goyatá*. São Paulo, LTr, 1994.

Monteiro de Barros, Alice et al. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1993.

Moraes, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. São Paulo, LTr, s. d.

Moraes Filho, Evaristo de. *Contrato de trabalho*. São Paulo, Max Limonad, 1944.

————. *Introdução ao direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1978.

————. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo, Alfa-Ômega, 1978.

————. *Tratado elementar de direito do trabalho*. [s.l.: s.n.].

Moraes Filho, Evaristo de & Flores de Moraes, Antonio Carlos. *Introdução ao direito do trabalho.* São Paulo, LTr, 1993.

Moraes, Sabrina. *O direito humano fundamental ao desenvolvimento social.* Florianópolis, OAB-SC, 2007.

Moreno, Galiana. *El contrato de trabajo en el derecho inglés*. Barcelona, Bosch, 1978.

Morin, Marie-Laure. *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit.* Paris, LGDJ, 1994.

Moura, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 1984.

Napoletano, Domenico. *Il lavoro subordinato*. Milano, Giuffrè, 1955.

Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 2007.

————. *Direito sindical*. São Paulo, Saraiva, 1989.

————. *Iniciação ao direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2006.

————. *Manual do salário*. São Paulo, LTr, 1983.

————. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.

————. *Comentários às leis trabalhistas*. São Paulo, LTr, 1991. v. 1.

————. *Teoria jurídica do salário*. São Paulo, LTr, 1994.

————. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

————. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo, LTr, 2005.

————. *Iniciação ao processo do trabalho.* São Paulo, Saraiva, 2006.

————. *Salário. Conceito e proteção.*São Paulo, LTr, 2008.

Nascimento, Sônia Ap. Costa. *O trabalho da mulher, das proibições para o direito promocional.* São Paulo, LTr, 1996.

————. *Flexibilização do horário de trabalho.* São Paulo, LTr, 2002.

Nazar, Nelson. *Direito econômico e o contrato de trabalho*. São Paulo, Atlas, 2007.

Neto, Cláudio Pereira de Souza; Sarmento, Daniel. *Direitos sociais.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

Neves, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica-I*. Coimbra, Coimbra Ed., 2003.

Nogueira Filho, Paulo. *Autogestão*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1969.

Norris, Roberto. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998. v. 1.

Oficina Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: un estudio internacional. Genève, 1977.

————. *Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur*. Genebra, OIT, 2002.

Olea, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Ed. Sulina, 1969.

————. *El estatuto de los trabajadores*. Madrid, Civitas, 1978.

Olmos, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória.* São Paulo, LTr, 2008.

Olivecrona. *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Milano, Etas Kompass, 1972.

Oliveira, Francisco Antonio de. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

Oliveira, Juarez de. *Prática da nova lei de férias*. São Paulo, Saraiva, 1977.

Oliveira, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo, LTr, 2009.

Oliveira, Oris. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo, LTr, 1994.

Oliveira, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional.* São Paulo, LTr, 2008.

Oliveira Viana. *Problemas de direito sindical*. Rio de Janeiro, Max Limonad, 1943.

————. *Problemas de direito corporativo*. Rio de Janeiro, Max Limonad, s. d.

Organização Internacional do Trabalho. *La negociación colectiva en América Latina*. Genebra, 1978.

Orihuiel, Francisco Perez de los Cobos. *El derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea.* Madrid, Civitas, 1994.

Ozaki, Muneto (Dir.). *Negociar flexibilidad.* Genebra, OIT, 2000.

Padilha, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado.* São Paulo, LTr, 2002.

Palomeque López, Manuel Carlos; Rosa, Manuel Álvarez. *Derecho del trabajo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2008.

Palma, João Augusto. *Profissões regulamentadas — anotações — legislação — jurisprudência*. São Paulo, LTr, 1997.

Pamplona Filho, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. São Paulo, Saraiva, 1999.

———————. *Pluralidade sindical e democracia*. São Paulo, LTr, 1997.

_____. *O assédio sexual na relação de emprego*. São Paulo, LTr, 2001.

Parias, Louis-Henri. *Historia general del trabajo* (trad.). México-Barcelona, Grijalbo, 1965.

Pasco, Mario (Coord.). *Los sindicatos en Iberoamerica*. Lima, Aela, 1988.

Pastor, José Manuel Almansa. *El despido nulo*. Madrid, Technos, 1968.

Pastor, José Manuel Almansa et al. *Estudios sobre ordenación del salario*. Valencia, Universidad, 1976.

Pastore, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo, LTr, 2000.

_____. *A modernização das instituições do trabalho*. São Paulo, LTr, 2005.

_____. *As mudanças no mundo do trabalho*. São Paulo, LTr, 2006.

Paulon, Carlos Arthur. *Direito alternativo do trabalho*. São Paulo, LTr, 1984.

Pazzianotto, Almir. *Velha questão sindical e outros temas*. São Paulo, LTr, 1995.

Pedreira da Silva, Luiz de Pinho. *Principiologia de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997.

Pedroso, M. D. & C. Losso. *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2005.

Pedrot, Philippe (Dir.) *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris, Economica, 1999.

Pélissier, Jean. *Le nouveau droit du licenciement*. Paris, Sirey, 1977.

Pera, Giuseppe. *Compendio di diritto del lavoro*. Milano, Giuffrè, 1992.

Pereira, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo, LTr, 1991.

Pereira Leite, João Antonio. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo, LTr, 1977.

Peres, Antonio Galvão. *Contrato internacional de trabalho*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

Perez, Leñero. *Teoría general del derecho español del trabajo*. 1948.

Perone, Giancarlo. *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa.* Padova, CEDAM, 1981.

————. *A ação sindical nos Estados-Membros da União Europeia* (trad.). São Paulo, LTr, 1996.

————. *Lo statuto dei lavoratori*. Torino, UTET, 1997.

_____. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Torino, Giappichelli, 1999.

Perone, Gianluco. *L'interesse consortile*. Milano, Giuffrè, 2008.

Persiani, Mattia. *Saggio sull'autonomia privata collettiva*. Padova, CEDAM, 1972.

Peso y Calvo, Carlos del. *Regulación internacional del derecho de trabajo*. Barcelona, Bosch, 1958.

Pic, Paul. *Traité élémentaire de législation industrielle*. Paris, Arthur Rousseau Éd., 1930.

Pimenta, Joaquim. *Sociologia jurídica do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo, Max Limonad, 1944.

Pimpão, Hirosé. *Aviso prévio*. Rio de Janeiro, Konfino, 1958.

Pinto, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997.

———— (Coord.). *Noções atuais de direito do trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Elson Gottschalk.* São Paulo, LTr, 1995.

————. *O direito do trabalho e as questões do nosso tempo*. São Paulo, LTr, 1998.

————. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo, LTr, 2007.

Pippi, Félix. *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*. Paris, LGDJ, 1966.

Pirrucio, Paolo. *Organizzazione dell'orario di lavoro e lavoro part-time.* Torino, Giappichelli, 2007.

Plá Rodriguez, Américo. *Curso de derecho laboral*. Montevideo, Acali, 1978.

————. *El salario en el Uruguay*. Montevideo, Facultad de Derecho, 1956.

————. *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo, Biblioteca de Derecho Laboral, 1975.

————. *El salario*. Montevideo, AF, 1987.

Pocar, Fausto. *Derecho comunitario del trabajo* (trad.). Madrid, Civitas, 1988.

Pochmann, Márcio. *A superterceirização do trabalho*. São Paulo, LTr, 2008.

Potobsky & De la Cruz. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires, Astrea, 1990.

Poulain, Guy. *La distinction des contrats de travail à durée determinée et indeterminée*. Paris, LGDJ, 1971.

Prado, Lidia Reis de Almeida. O juiz e a emoção. In: *Aspectos da lógica da decisão judicial.* Campinas, Millennium, 2008.

Prado, Ney (Coord.). *Direito sindical brasileiro.* São Paulo, LTr, 1998.

Prado, Roberto Barreto. *Tratado de direito do trabalho*. São Paulo, Freitas Bastos, 1967.

————. *Curso de direito sindical*. São Paulo, LTr, 1984.

Prosperetti, Ubaldo. *Il lavoro subordinato*. Milano, Vallardi, 1966.

Prunes, José Luiz Ferreira. *Equiparação salarial*. São Paulo, LTr, 1977.

————. *Salário sem trabalho*. São Paulo, LTr, 1976.

————. *Direito do trabalho e contratação de terceiros ou contratos triangulares de trabalho*. Curitiba, Juruá, 1993.

Puech, Luiz Roberto de Rezende. *Direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1960.

Quijada, Enrique Marin. *La negociación*. Bogotá, Ed. Temis, 1978.

Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra, Almedina, 2000.

————. *Direito do trabalho — Parte I — Dogmática geral*. Coimbra, Almedina, 2005.

————. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra, Almedina, 1993.

Rawls, John. *Teoría de la justicia* (trad.), México. Fondo de Cultura Económica, 2000

Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo, Saraiva, 1996.

————. *O direito como experiência*. São Paulo, Saraiva, 1968.

————. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo, Saraiva, 1994.

————. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo, Saraiva, 1994.

————. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo, Saraiva, 1998.

Rees, Albert. *Función de los sindicatos en la economía* (trad.). Buenos Aires, Miramar, 1962.

Reis, Nélio. *Contrato de prova*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1963.

Reis, Raquel Tavares dos. *Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência*. Coimbra, Coimbra Ed., 2004.

Relasur. *El sistema argentino de relaciones laborales.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

————. *Las relaciones laborales en el Cono Sur.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

————. *Las relaciones laborales en Paraguay*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1996.

Ribeiro, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*. Coimbra, Almedina, 2003.

Ribeiro, Lélia Guimarães Carvalho. *Natureza jurídica do aviso prévio.* São Paulo, LTr, 1995.

Ribeiro, Lélia Guimarães Carvalho & Pamplona Filho, Rodolfo. *Direito do trabalho — estudos em homenagem a Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo, LTr, 1998.

Rivas, Daniel. *La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo*. Montevideo, FCU, 1996.

Rivas, Fabra. *La Organización Internacional del Trabajo y el progreso social*. Madrid, 1936.

Robilant, Enrico di. *Modelli nella filosofia del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1968.

Robortella, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1994.

Rocella, Civale & Izzi. *Diritto comunitario del lavoro*. Torino, Giappichelli, 1995.

Rocha, Osíris. *A nova Lei de Férias*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

Rodrigues, Aluysio. *O Estado e o sistema sindical brasileiro*. São Paulo, LTr, 1981.

Rodrigues, H. Nascimento. *A inevitabilidade do diálogo social*. Coimbra, Almedina, 2003.

Rodrigues, Leôncio Martins. *Conflito industrial e sindicalismo no Brasil*. Difusão Europeia do Livro, 1966.

————. *Sindicalismo e sociedade*. São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1968.

————. *Partidos e sindicatos*. São Paulo, Ática, 1990.

Rodriguez, Américo Plá. *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

Rodriguez, José Rodrigo. *Dogmática da liberdade sindical. Direito, política, globalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Romagnoli, Uriarte & Guerrero. *Experiencias de flexibilidad normativa*. Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992.

————. *La transformación del derecho del trabajo, experiencias de flexibilidad normativa*. Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992.

Romano, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze, Sansoni, 1946.

Romita, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

————. *Direito do trabalho*; noções fundamentais. São Paulo, LTr, 1975.

————. *Direito sindical brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Brasília, 1976.

————. *Sindicalismo, economia e Estado democrático. Estudos*. São Paulo, LTr, 1993.

————. *Globalização da economia e direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997.

————. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 2005.

Roppo, Enzo. *O contrato* (trad.). Coimbra, Almedina, 1988.

Rüdger, Dorothee Susanne. *O contrato coletivo no direito privado*. São Paulo, LTr, 1999.

Ruprecht, Alfredo J. *Conflictos colectivos del trabajo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.

————. *Contrato de trabajo*. Buenos Aires, Lerner, 1974.

————. *Lecciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 2. ed. Buenos Aires, Coloquio, 1975.

————. *Os princípios do direito do trabalho.* São Paulo, LTr, 1995.

————. *Relações coletivas de trabalho.* São Paulo, LTr, 1995.

Rüssel, Arnulf. *Psicologia del trabajo* (trad.). Madrid, Ed. Morata, 1968.

Russomano, Magano, Nestor de Buen & Ruedi. *O sindicato nos países em desenvolvimento*. São Paulo, LTr, 1980.

Russomano, Mozart Victor. *A estabilidade do trabalhador na empresa*. São Paulo, Konfino, 1970.

————. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

————. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro, Forense, 1944.

————. *Direito sindical*; princípios gerais. Rio de Janeiro, Konfino, 1975.

————. *O aviso prévio no direito do trabalho*. Rio de Janeiro, Konfino, 1961.

————. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. São Paulo, LTr, 1976.

Russomano, Mozart Victor & Cabanellas. *Conflitos coletivos de trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

Saad, Eduardo Gabriel. *Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. São Paulo, LTr, 1969.

————. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. São Paulo, LTr, 1983.

————. *Constituição e direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1989.

————. *Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*. São Paulo, LTr, 1991.

Saad, Ricardo Nacim. *Representação comercial*. São Paulo, Saraiva, 2008.

Sampaio, Aluysio. *A nova Lei de Férias.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

————. *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e estabilidade com indenização*. São Paulo, LTr, 1971.

Sanches, Gislene A. *Dano moral e suas implicações no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1997.

Sanseverino, Luisa Riva. *Diritto sindacale*. Torino, UTET, 1976.

Sanseverino, Luisa Riva & Mazzoni, Giuliano. *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Padova, CEDAM, 1971.

Santos, Boaventura de Souza (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo, Cortez, 2005.

Santoro-Passarelli, Francesco. *Nozioni di diritto del lavoro*. Napoli, Jovene, 1995.

Santoro-Passarelli, Giuseppe. *Diritto dei lavori*. Torino, Giappichelli, 2002.

Santos, Altamiro José. *Direito penal do trabalho*. São Paulo, LTr, 1977.

Santos, Ely Souto dos. *O fundo de garantia como superação da estabilidade*. São Paulo, LTr, 1977.

Santos, Roberto O. *Trabalho e sociedade na lei brasileira*. São Paulo, LTr, 1993.

Santos, Ronaldo Lima. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo, LTr, 2003.

Scelle, G. *Précis élémentaire de législation industrielle*. Paris, Sirey, 1927.

Schiavi, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. São Paulo, LTr, 2008.

Seghieri, Libero. *Lavoro autonomo parassubordinato e profissionale.* Roma, Buffetti, 2009.

Segadas Vianna, José. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo, LTr, 1972.

Sen, Amarthya. *Sobre ética e economia* (trad.). São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

————. *Desigualdade reexaminada* (trad.). Rio de Janeiro, Record, 2000.

Siau, Bruno. *Le travail temporaire en droit comparé européen et international.* Paris, LGDJ, 1996.

————. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México, Porrúa, 1963.

Siches, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1970.

Silva, Antônio Álvares da. *Direito coletivo do trabalho*. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

————. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 1991.

————. *Cogestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo, LTr, 1991.

Silva, Carlos Alberto Barata. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1976.

Silva, Otávio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

Silva Neto, Manoel Jorge e. *Constituição e trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

Simão, Azis. *Sindicato e Estado*. São Paulo, Dominus, 1966.

Simi. *Il contratto collettivo di lavoro*. Padova, CEDAM, 1980.

Simón, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo, LTr, 2000.

Sinay, Hélène. *La grève*. Paris, Dalloz, 1966.

Siqueira Neto, José Francisco. *Contrato coletivo de trabalho*. São Paulo, LTr, 1991.

Smuraglia, Carlos. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 1967.

Sochaczewsky, Suzanna (Coord.). *Diálogo social sobre formação no Brasil*. Montevideo, Cinterfor, 2000.

Souza, Ronald O. Amorim e. *Direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1985.

Spyropoulos. *La liberté syndicale*. Paris, LGDJ, 1956.

Stodieck, Henrique. *Convenção coletiva de trabalho e outros ensaios*. São Paulo, LTr, 1974.

Suárez, Enrique Rayón. *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*. Madrid, ET, 1975.

Supiot, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris, PUF, 1994.

_____ et al. *Transformações do trabalho e o futuro do direito do trabalho na Europa.* Coimbra, Almedina, 2003.

Süssekind, Arnaldo. *Comentários à CLT e à legislação complementar*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1964.

————. *Comentários à nova Lei de Férias*. São Paulo, LTr, 1977.

————. *Duração do trabalho e repousos remunerados*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1950.

————. *Tratados ratificados pelo Brasil*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1981.

————. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo, LTr, 1983.

————. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo, LTr, 1999.

Süssekind, Arnaldo, Maranhão, Délio & Vianna, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. Rio de Janeiro-São Paulo, Freitas Bastos, 1971.

Tannenbaum, Frank. *O sindicato no mundo moderno*. Rio de Janeiro, GRD, 1963.

Tarello, Giovanni. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*. Milano, Edizioni di Comunità, 1972.

————. *Teorías e ideologías en el derecho sindical* (trad.). Granada, Editorial Comares, 2002.

Tartuce, Flávio. *Função social dos contratos*. São Paulo, Método, 2007.

Tavolaro, Agostinho Toffoli. *Participação dos empregados nos lucros das empresas*. São Paulo, LTr, 1991.

Teixeira, João Luis. *O assédio moral no trabalho*. São Paulo, LTr, 2009.

Teixeira, João Regis F. *Introdução ao direito sindical*. São Paulo, LTr, 1979.

Teixeira, João Regis F. & Simn, Zeno. *Teoria e prática do direito do trabalho*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

Teixeira da Costa, Orlando. *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo, LTr, 1991.

Teixeira Filho, João de Lima et al. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo, LTr, 1989.

Telles Júnior, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo, s. d.

Tombari, Umberto. *Il grupo di società*. Torino, Giappichelli, 1997.

Terré, François. *Introduction générale au droit*. Paris, Dalloz, 1996.

Torré, Abelardo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1972.

Tosi, P. & Lunardon, F. *Introduzione al diritto del lavoro: l'ordinamento italiano.* Roma-Bari, Laterza, 2004.

Touraine, Alain. *Um paradigma para compreender o mundo de hoje* (trad.). Petrópolis, Vozes, 2006.

Treu, Tiziano. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Milano, FA, 1974.

Treu, Tiziano et al. *Relaciones de trabajo en la administración publica*. Genève, OIT, 1993.

Trindade, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003.

Trindade, Washington Luiz. *Regras de aplicação e de interpretação no direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.

Uriarte, Oscar E. *Mercosur y derecho laboral.* Montevideo, FCU, 1995.

————. *A flexibilidade*. São Paulo, LTr, 2002.

Uriarte, Oscar E. et al. *La concertación social*. Montevideo, AF, 1985.

Uriarte, Oscar E. (Coord.). *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*. Montevideo, FCU, 1993.

Uriarte, Oscar E. & Aviles, Antonio Ojeda (Coords.). *El derecho sindical en América Latina*. Montevideo, FCU, 1995.

Vacarie, Isabelle. *L'employer*. Paris, Sirey, 1979.

Vallebona, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2000.

Valticos, Nicolas. *Derecho internacional del trabajo*. Madrid, Tecnos, 1977.

Valverde, Antonio Martin. *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid, Montecorvo, 1976.

Valverde, Guttiérrez e Murcia. *Derecho del trabajo*. Madrid, Tecnos, 1997.

Vários autores, Unesco. *As chaves do século XXI*. Lisboa, Instituto Piaget, 2000.

Vários autores. *Perspectivas do direito no início do século XXI.* Coimbra, Coimbra Ed., 1999.

Vaz da Silva, Floriano Correia. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo, LTr, 1977.

Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Atlas, 2003.

Vialard, Antonio Vasquez. *Derecho del trabajo y seguridad social*. Buenos Aires, Depalma, 1978.

————. *El sindicato en el derecho argentino*. Buenos Aires, Astrea, 1981.

Vianna, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.

Vidal Neto, Pedro. *Estado de direito*. São Paulo, LTr, 1979.

Villlalón, Jesus Cruz; Dal-Ré, Fernando Valdés. *El estatuto del trabajo autónomo.* Madrid, La Ley, 2008.

Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito do trabalho e do fundo de garantia*. São Paulo, LTr, 1978.

————. *Relação de emprego*. São Paulo, Saraiva, 1975.

Villatore, Marco Antonio; Hasson, Roland (Coord.). *Direito constitucional do trabalho vinte anos depois*. Curitiba, Juruá, 2008.

Virton, P. *Histoire et politique du droit du travail*. Paris, BRS, 1968.

Vivot, Julio Martínez. *Ley nacional de empleo*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de direito do trabalho*. Lisboa, Ed. Verbo, 2004.

————. *Direito de greve*. Lisboa, Ed. Verbo, 1984.

————. *O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa.* Lisboa-São Paulo, Ed. Verbo, 2000.

Yamaguchi. *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des payes membres de la CE*. Paris, LGDJ, 1963.

Zagari, Guido. *Il contratto di lavoro con clausola di prova*. Milano, Giuffrè, 1965.

Zago-Garelli. *La libertà sindacale*. Padova, CEDAM, 1979.

Zamatteo, Giovanni. *Il contratto di inserimento*. Forlì e Trento, Experta, 2005.

Zangari Júnior, Jurandir. *O direito do trabalho e as pequenas e microempresas*. São Paulo, LTR, 2009.

Zangrando, Carlos. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2008.